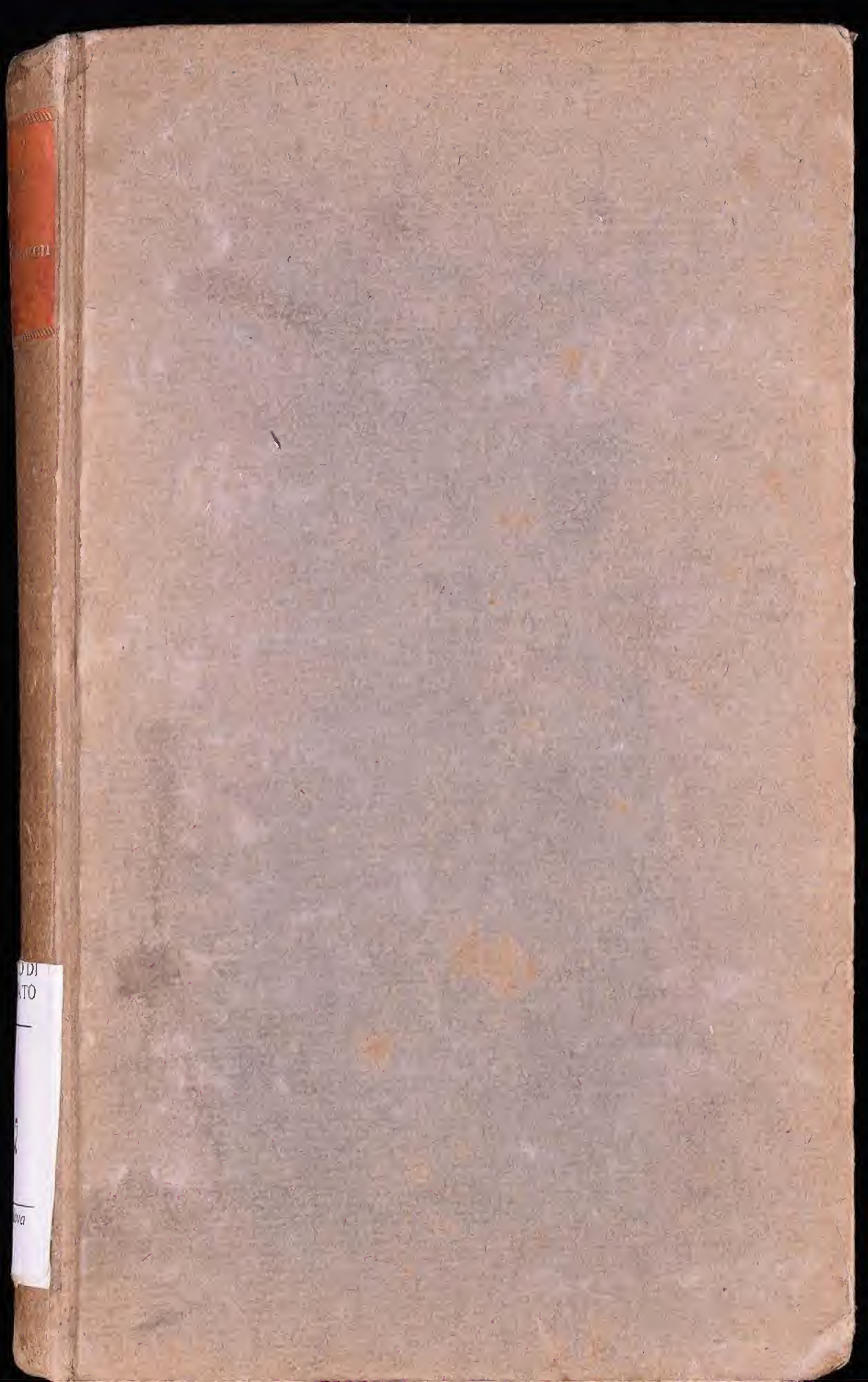
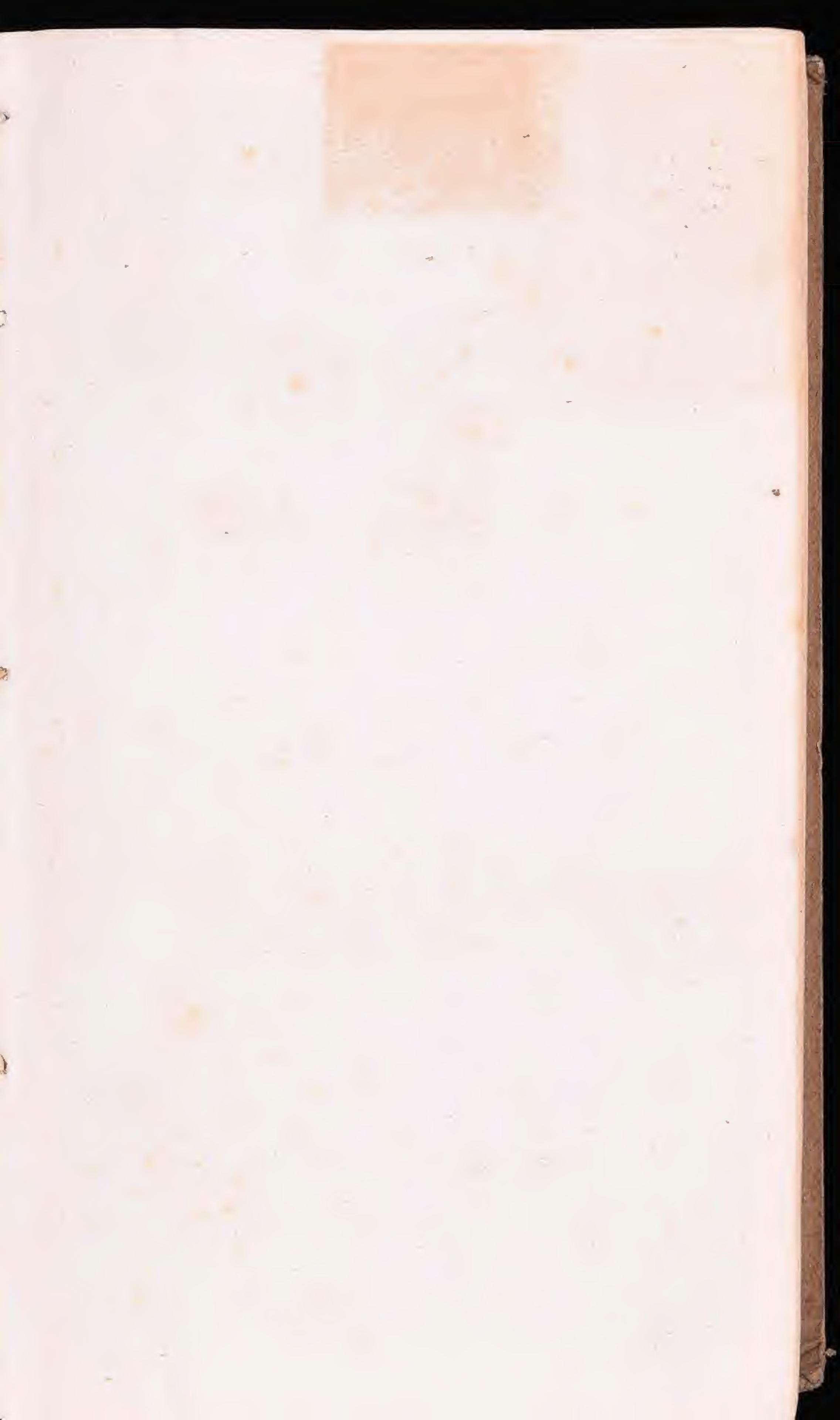
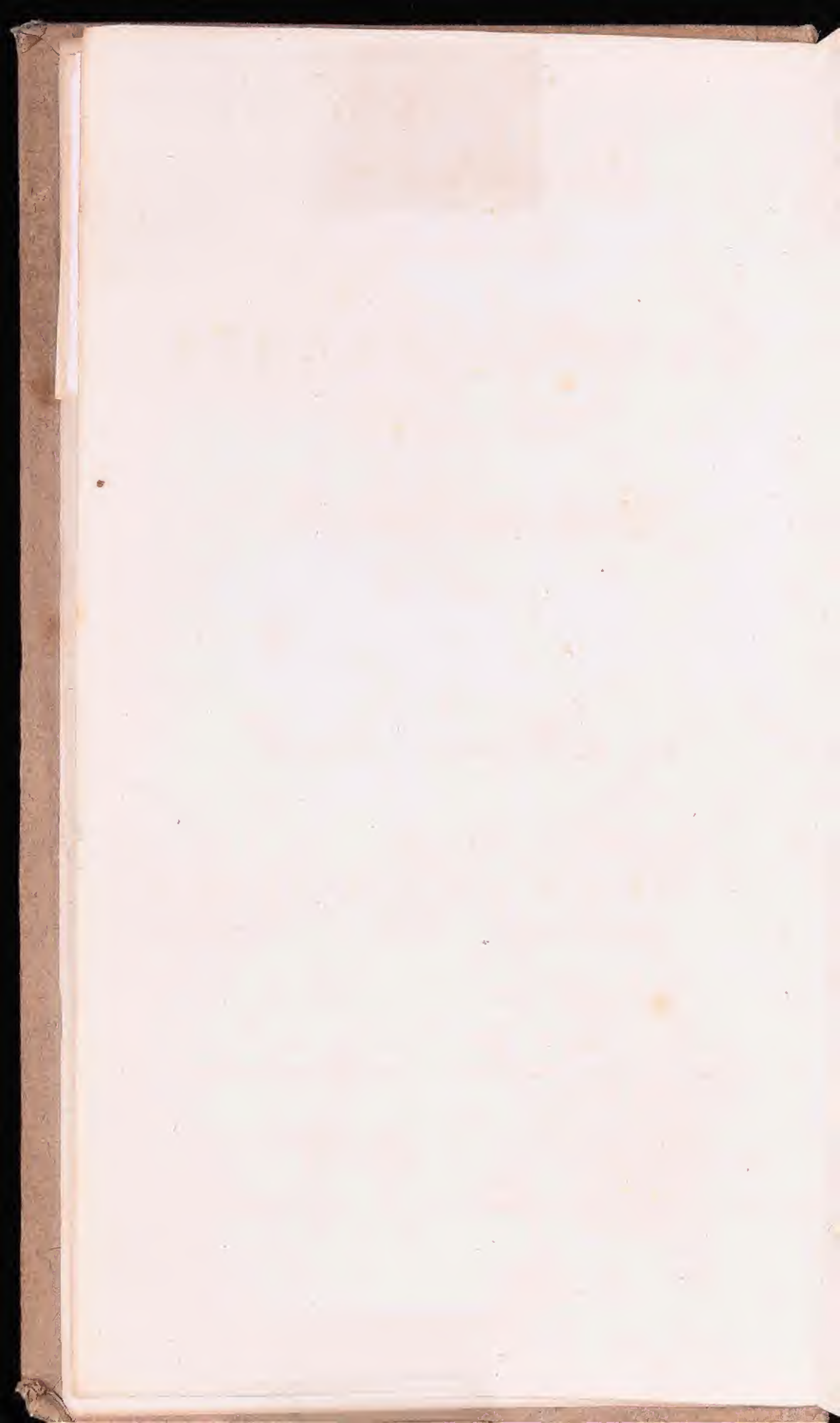






Ausbeute

von

Nachforschungen

über verschiedene

Rechtsmaterien.

Von

Dr. F. C. Gesterding.



Zweiter Theil.

Greifswald,
bei C. A. Koch.

1827.



Diesem zweiten Theil, der jetzt eben aus dem Druck hervorgehen will, habe ich nichts weiter voranzuschicken, als daß ihm vielleicht noch ein dritter folgen wird. Doch dürfte es sich, wegen andrer Beschäftigungen, etwas länger damit verziehen.

Bei meiner Entfernung vom Druckort haben sich einige Druckfehler eingeschlichen, wo-

von vorläufig das Verzeichniß der im ersten Theil aufgefundenen der geneigte Leser am Ende beigefügt finden und sie zu verbessern belieben wird.

Greifswald, den 13. September 1827.

Der Verfasser.

Inhalt.

I.

Jugendliches Alter im Gebiet des Rechts.

Im April und Mai 1827.

Inhalt.

Die Natur zur Zeit des Wachsthums nimmt nicht bloß an Größe und Stärke zu; die Seele wächst mit, und ihre innern Verrichtungen und Fähigkeiten dehnen sich zugleich mit ihrem Tempel aus.

Shakspeare,
nach Eschenburgs Uebersetzung.

Wichtig und von großem Einfluß, wie in der Natur, also auch in der Sphäre des Rechts, ist das Alter der Menschen. Vom Alter hängt es ab, ob das Gesetz von Jemandes Handlungen Kenntniß nimmt; ob er zu rechtlichen Geschäften fähig sey; ob er allein handeln könne oder der Unterstützung anderer bedürfe; ob es nöthig sey, daß das Gesetz ihn unter seinen besondern Schutz nimmt; ob eine Zurechnung bei ihm Statt finde u. s. w. Man kann aber das Alter der Menschen in rechtlicher Hinsicht in drei Abschnitte vertheilen; in das jugendliche, welches wächst, in das männliche, welches still zu stehen scheint, und in das Greisenalter, welches abnimmt. Diese verschiedenen Lebensstufen stehen nicht unter denselben Gesetzen. Die Gesetzgeber konnten die verschiedenen Alter nicht gleich behandeln; sie mußten mehrere Stufen unterscheiden, nach den Hauptveränderungen, welche die Jahre herbeiführen; namentlich gilt dies von dem jugendlichen Alter, welches wieder seine eigenen Abschnitte, seine Unterstufen hat.

Beim männlichen Alter, welches den Menschen in seiner höchsten Vollkommenheit darstellt, befolgt das Gesetz die Regel; aber es erweiset sich durch Ausnahmen und Einschränkungen nachsichtig gegen das jugendliche Alter und zum Theil auch gegen das abgelebte. Beide begründen, gleich dem Geschlecht, Abweichungen von der Regel; beide haben ihre besondern Rechte, welche bei der Jugend vorübergehend sind, wie die Zeit verfließt, wovon sie abhängen; während die Rechte des männlichen Alters stehen, wie die Jahre stehen; sie entspringen am Ende — aus Mängeln [1]), nämlich aus dem, was dem Menschen an Vollkommenheiten fehlt, die er entweder in der Jugend noch nicht erlangt, oder im hohen Alter wieder verloren hat. Bei einer gleichen Organisation aller, wie sie in der Natur, nach ihrem gewöhnlichen Gange, zu einem vollendeten Menschen gehört, würde von einer Verschiedenheit der Rechte, welche durch das Alter begründet wird, nicht die Rede seyn, wie sie auch im männlichen Alter nicht ist. Jetzt sieht das Gesetz sich genöthigt, die Ungleichheit, welche unter den Menschen, wegen ihres Alters, Statt findet, zu berücksichtigen; es sucht die Kunst, die Mängel der Natur zu bedecken und die Gleichheit unter ihnen wieder herzustellen. Besonders ist es das jugendliche Alter, welches Einfluß auf das Gesetz ausübt und es vielfach verändert; das Alter, welches den Berg hinan zu steigen scheint, wovon das männliche Alter den Gipfel einnimmt, von wo man, auf der entgegengesetzten Seite, wieder in das Thal hinabsteigt. Von diesem jugendlichen Alter will ich hier reden, denn das abgelebte ist minder wichtig.

Ich folge dem Gange der Natur, indem ich von dem Alter der Menschen und von dem jugendlichen rede; denn ich

---

1) *Crell* de jure aetatis §. 12. sq.

werde von dem geringern Alter zu dem höhern hinansteigen. Andere, indem sie von dem Alter reden, steigen hinab. Sie fangen mit den Minderjährigen an und schließen mit den Kindern, wovon ich keinen andern Grund anzugeben weiß, als daß das spätere Alter das frühere in sich schließt, und die rechtlichen Grundsätze, die von dem höhern Alter gelten, auf die vorhergehende Periode zum Theil mit anwendbar sind. Allein, besser scheint es mir, wenn man diesen geringen Vortheil nicht achtet, vielmehr die rechtlichen Grundsätze, wie sie die verschiedenen Stufen des jugendlichen Alters verschieden mit sich führen, mit dem Menschen selbst sich entwickeln läßt, und vorwärts schreitet, statt rückwärts.

§. 1.

Infantia.

Sieben Staffeln im Alter der Menschen nahm Hippocrates an, deren erste das vollendete siebente Jahr begränzt und das Alter der Kindheit ausmacht [1]). Diesen siebenjährigen Zeitraum für das Alter der Kindheit, sammt den davon abhängigen rechtlichen Folgen, finden wir im Römischen Rechte wieder, ob entsprossen aus jener Quelle, ist ungewiß, doch höchst wahrscheinlich. Man wird fragen, warum dauert die Kindheit gerade sieben Jahr? Ist dies willkührlich angenommen, oder liegt dabei eine gewisse Idee zum Grunde, und welche? Keine Willkühr kann besonders in der Sphäre des Alters und der davon abhangenden Fähigkeit zu rechtlichen

---

1) Hippocrates nahm diese sieben Lebensabschnitte an in Beziehung auf die Krankheiten, denen jedes Alter vorzugsweise ausgesetzt ist. *Hippocratis* Aphorism. Sect. III. 24 — 31. tom. 2. p. 1248. *Paul Zachias* quaest. med. leg. l. 1. tit. 1. Mende Handbuch der gerichtlichen Medicin 2ter Theil. S. 209.

Handlungen nicht Statt finden. Das bürgerliche Gesetz muß sich hier auf das natürliche gründen, und der Gesetzgeber, ehe er seine Sätze aufstellt, den Gang der Natur erforschen, welche leise und unmerklich fortschreitet und nicht bei allen gleichen Schritt hält. Daher besteht das Geschäft des Gesetzgebers hier darin, Abschnitte zu machen und Zeiträume festzustellen, welche die Hauptveränderungen ungefähr und so gut als möglich ist, feststellen, die auf die Fähigkeit zu thierischen oder geistigen Verrichtungen, wie der Mensch sie im Verkehr mit andern nöthig hat, von Einfluß sind, und zwar sie feststellen, nach dem was gewöhnlich geschieht oder bei den meisten [2]). Schon der Name Infantia giebt die Vermuthung an die Hand, daß der Zustand der Kindheit ein solcher ist, während dessen das Kind noch nicht reden kann. Wirklich finden wir auch, daß *Infans* mit *qui fari non potest* als gleichbedeutend gebraucht und das Erstere häufig durch das Letztere umschrieben wird [3]). Der Zustand der Kindheit besteht also darin oder hat das Unterscheidende, daß das Kind noch nicht spricht, d. h. die Sprachfähigkeit ist noch nicht **vollkommen** ausgebildet; erst mit dem vollendeten siebenten Jahr ist mit der Vollendung der Sprache das Reich der Vorstellun-

---

2) Die Gründe der Gesetze, welche das Alter betreffen, bemerkt Ploucquet vom menschlichen Alter S. 1, sind immer physisch, oder sollten es wenigstens seyn: daher bestimmt eben dies physische Verhältniß der verschiedenen Kräfte und Vollkommenheiten des Menschen zu jedem gegebenen Alter seine Pflichten, Rechte und Lasten, und sie ist es, die dasjenige, was der Mensch in den verschiedenen Perioden des Lebens der Gesellschaft leisten kann und solle, festsetzt. S. auch Ebendenselben S. 6. und 7.

3) L. 1. § 2. D. de adm. tut. L. 65. §. penult. ad Sctum Trebell. L. 1. §. 13. D. de obl. et act. L. 70. D. de verb. obl. L. 2. et 6. D. rem pup. salvam fore. L. 5. D. de reg. jur. L. 26. C. de donat. L. 9. D. de acq. hered.

gen erhellt [4]. Wenn es hiermit auch auf unrichtiger Voraussetzung beruhen sollte, so ist doch der Abschnitt der Infantia in der Rechtssphäre, angesehen die Veränderungen, welche in der letztern entstehen, wenn dieser Zeitraum zurückgelegt ist, eher zu kurz als zu lang.

Die Rechtsgelehrten [5]) stellen die Meinung auf, das Alter der Kindheit sey früher von keiner bestimmten Dauer gewesen, erst Kaiser Arcadius habe den siebenjährigen Zeitraum in der L. 8. C. Theod. de bonis maternis eingeführt. Das Erstere glaube ich auch, aber an dem Letztern zweifle ich, insofern von einer allgemeinen Vorschrift die Rede ist. Denn Arcadius spricht ausdrücklich nur von Nachsuchung der bonorum possessio oder Antretung der mütterlichen Erbschaft. Bis zum siebenten Jahr hin soll der Vater Macht haben, für das Kind, in Hinsicht auf die mütterliche Erbschaft, bonorum possessio nachzusuchen, oder die Erbschaft anzutreten; nach diesem Termin soll der vormalige Infans das Eine oder das Andere selbst thun; — und dies soll gelten ohne Unterschied, ob jener die Fähigkeit zu sprechen schon früher erlangt habe oder erst später. Eher beweiset die Stelle, daß einst die Dauer der Infantia unbestimmt gewesen, als daß sie durch diese Verordnung (außer dem angeführten Fall) zuerst ihre Bestimmung erlangt habe.

---

4) Eodem anno, id est, septimo plene absolvitur integritas loquendi. *Macrobius* I. somnium Scipionis c. 6. Mehrere andere hieher gehörige Stellen bei Godefroy im Commentar zur L. 8. C. Theod. de bonis maternis.

5) Glück Erläuterung der II. zweiter Theil. S. 212.

§. 2.

Rechtsverhältnisse der Kinder unter sieben Jahren.

In diesem zarten Alter erscheint der Mensch auch in der Rechtssphäre als leidend; wo es auf Thätigkeit ankommt, müssen andere für ihn eintreten. Das Gesetz fordert nichts von ihm; erwartet nichts von ihm; es nimmt nur Kenntniß von ihm, um ihn zu schützen. Als Mensch ist er Subject von Rechten und das Gesetz schützt ihn nichts desto weniger dabei, wenn er auch nicht davon weiß; gegen Kinder können selbst eigentliche Injurien begangen werden [1]).

Kinder können also Unrecht erleiden, aber sie können Unrecht nicht thun. Was bei einem Erwachsenen ein Verbrechen seyn würde, ist, von einem Kinde begangen, als ein zufälliges Unglück zu betrachten, wie wenn ein Ziegel vom Dach fällt und einen Vorübergehenden beschädigt; es haftet keine Schuld am Kinde und findet keine Strafe gegen dasselbe Statt; und eben so wenig eine Verbindlichkeit desselben zum Schadenersatz [2]).

Kinder haben überall keinen Willen; sie können ihre Lage nicht verbessern; sie können nichts erwerben, insofern es dazu eines Willens und einer Willenserklärung bedarf. Sie können zu Verträgen nicht einwilligen; nicht einmal mit Hülfe anderer — des Vaters oder Vormundes. — Justinian spricht ihnen während dieser ganzen Periode allen Verstand ab und vergleicht sie — mit den Wahnsinnigen [3]). Zwischen ihnen und den Wahnsinnigen, sagt der Kaiser, ist ein gerin-

---

1) L. 3. §. 1. et 2. D. de injuriis.

2) L. 5. §. 2. D. ad legem Aquiliam. L. 12. D. ad legem Corn. de sicariis. L. 60. D. de rei vind.

3) §. 9. J. de inutil. stipul.

ger Unterschied. Non multum distant a furiosis. Indeß scheint diese Vergleichung eines unvollendeten mit einem krankhaften Zustande eben nicht die glücklichste zu seyn. An Verstande fehlt es dem Kinde nicht; es ist aber noch unvollkommen und wartet auf die Entwickelung. Es fehlt namentlich an der deutlichen Einsicht über die Natur und Folgen der Handlung, wie sie in der Sphäre des Rechts und zu rechtlichen Geschäften erforderlich ist. Und das hat Justinian am Ende wohl nur sagen wollen. Er sagt indessen: hujusmodi aetatis pupilli *nullum* habent intellectum.

Es ist aber eine nicht ungewöhnliche Meinung, als ob Schenkungen eine Ausnahme begründen und Kinder gegen die sonstige Regel Schenkungen annehmen und dadurch ihr Vermögen vermehren können. Diese Meinung beruht auf einer Stelle im Codex.

L. 3. C. de poss.

Donatarum rerum a quacunque persona infanti vacua possessio tradita corpore quaeritur. Quamvis enim sint auctorum sententiae dissentientes: tamen consultius videtur, interim, licet animi plenus non fuisset adfectus, possessionem per traditionem esse quaesitam: alioquin (sicuti consultissimi viri Papiniani responso continetur) nec quidem per tutorem possessio infanti poterit acquiri.

Den Sinn dieser Stelle zu ergründen, haben die Rechtsgelehrten von jeher sich eifrig bemüht und mancherlei sind die Meinungen, so sie darüber aufgestellt. Einige sehen den Inhalt derselben als ein jus singulare bei Schenkungen an, vermöge dessen das Kind geschenkte Sachen gegen die sonstige Regel entgegennehmen und durch die Entgegennahme Besitz

derselben erwerben kann [4]). Andere sehen ihn auch wohl als ein jus singulare an, was sich nur auf Schenkungen bezieht, sie unterscheiden indessen zwischen Sachen, zu denen Kinder Zuneigung zu haben pflegen, und andern, bei denen dies nicht der Fall ist. Jene, lehren sie, könne auch das Kind zum Geschenk annehmen, bei diesen müsse Vater, Vormund, Sclave für das Kind handeln. Diese Meinung ist schon alt; sie findet sich als Zusatz in der Glosse aufgeführt und scheint unter den Rechtsgelehrten den meisten Beifall gefunden zu haben [5]). Unter den verschiedenen Meinungen über diesen Gegenstand weiß ich wenigstens, daß diese nicht richtig sey. Denn, könnte das Kind überhaupt zu einer Schenkung seine Einwilligung geben, könnte es beschenkt seyn wollen, so würde es nicht im Allgemeinen darauf ankommen, welche Sachen von der Art sind, daß Kinder Gefallen daran finden, sondern ob dieses Kind in diesem einzelnen Fall beschenkt seyn, d. h. diese Sache mit Ausschluß anderer unentgeldlich haben wollte. Auch enthält jene Stelle nicht den geringsten Grund, der uns berechtigen könnte, einen solchen Unterschied aufzustellen, der nebenbei den Richter in nicht geringe Verlegenheit setzen würde. Die ihn aufstellten, führten als Beispiel der einen Classe Spielsachen und als Beispiel der andern Grundstücke auf. Es giebt aber, außer den Spielsachen und Grundstücken, Sachen genug, die den Kindern gefallen, und andere, auf die sie keinen Werth legen. Am Ende würde der Richter genöthigt seyn, ein Gutachten darüber von den Kinderwärterinnen einzuholen.

---

4) *Fachineus* lib. 8. c. 19. *Perez* ad Cod. tit. de donat. nr. 8.

5) *Lauterbach* Coll. theor. pract. lib. 39. tit. 5. §. 23. *Bachov* ad *Treutler.* vol. 2. d. 21. th. 1. lit. a. *Hofacker* Princ. tom. 2. §. 989.

Die Stelle handelt gar nicht von der Annahme der Schenkung von Seiten des Kindes, sondern von der Besitzergreifung geschenkter Sachen, oder vielmehr von der Entgegennahme derselben durch das Kind, bei der Uebergabe. Sie lehrt uns, daß das Kind geschenkte Sachen entgegen nehmen könne, und daß durch diese Handlung der Besitz dieser Sachen für das Kind wirklich erworben wird. Es ist dies etwas Außerordentliches, daß Kinder schon rechtliche Handlungen vornehmen können, daß das Gesetz von ihren Handlungen Kenntniß nimmt, und rechtliche Folgen für sie daraus entstehen läßt. Eine Abweichung von der Regel ist hier also allerdings vorhanden, und als solche wird der Rechtssatz auch gegeben; das Kind schweift hier schon in die folgende Periode hinüber und nimmt Rechte, die erst dem Unmündigen zustehen, vorweg; aber mit dieser Abweichung bezieht es sich nicht auf die Regel, daß Kinder keine Verträge eingehen können, sondern, daß sie überhaupt rechtlicher Geschäfte und eines Willens und besonders auch der Absicht, zu besitzen, an und für sich unfähig sind. Die körperliche Handlung kann das Kind vornehmen; aber es fehlt an dem, was man sich bei der Handlung denkt, oder denken soll; es fehlt der animus possidendi, welcher, obwohl auch nicht unvollständig vorhanden, dennoch, gegen die sonstige Regel, in diesem Fall, wenn das Kind unter Vormundschaft steht, durch die auctoritas tutoris ergänzt werden kann. An und für sich hat das Kind gar keinen animus possidendi; es kann also auch durch die auctoritas tutoris keiner ergänzt werden; aber in Hinsicht auf Besitzergreifung ist es so anzusehen, als sey ein unvollkommener animus possidendi hier vorhanden; es findet also eine Ergänzung desselben durch den Vormund Statt, und dies ist utilitatis gratia also angenommen. Auf

solche Art erklärt sich auf die leichteste Art der Ausspruch des Paulus in der *L.* 32. §. 2. *D. de poss.*

> Infans possidere recte potest, si tutore auctore coepit. nam judicium infantis suppletur auctoritate tutoris. utilitatis enim causa hoc receptum est. nam alioquin nullus sensus sit infantis accipiendi possessionem. Pupillus tamen etiam sine tutoris auctoritate possessionem nancisci potest. Item infans peculiari nomine per servum possidere potest.

Jetzt haben wir uns zur Erklärung jener Stelle des Codex doch nur erst den Weg gebahnt, welche von geschenkten Sachen handelt, die das, jedoch nicht unmittelbar, beschenkte Kind entgegennimmt. Donellus [6]) lehrt mit der Glosse, die Stelle sey von einer Besitzergreifung durch das Kind, unter Auctorität des Vormundes, zu verstehen. Dieser Erklärung folgen unter andern Vinnius [7]) und besonders v. Savigny, welcher Letztere sie weiter auszuführen bemüht ist [8]). Hingegen lehren andere und namentlich Cuper [9]), das Kind erwerbe Besitz auch ohne Auctorität des Vormundes; eine Meinung, die ebenfalls schon, wenn sie nicht aus der Glosse herstammt, doch darin gefunden wird.

Nach meinem Ermessen ist jene Stelle des Codex allerdings von einer Besitzergreifung durch das Kind, ohne Auctorität des Vormundes zu verstehen; und zwar so. Im Allgemeinen erwirbt das Kind Besitz nur unter Auctorität des Vormundes [10]). Selbst Kinder von höherm Alter

---

6) Com. jur. civ. lib. 5. cap. 11.

7) ad §. 9. J. de inutil. stipul.

8) v. Savigny Recht des Besitzes, vierte Aufl. S. 211. folg.

9) de natura possessionis. §. 24.

10) L. 32. §. 2. D. de poss.

erwerben ihn, wie wir hören werden, der Regel nach, nur auf diese Weise. Aber es scheint zum Behuf der Besitzergreifung nicht immer einer besondern auctoritas tutoris zu bedürfen, sondern, wenn ein Rechtsgeschäft vorhergegangen, was, auf Ueberlassung der Sache gerichtet, der Vormund für das Kind geschlossen hat, so liegt schon darin die auctoritas tutoris auch in Beziehung auf die Besitzergreifung. Gesetzt also, jemand will das Kind beschenken, der gegenwärtige Vormund nimmt die Schenkung für das Kind mit Dank an, und jener steckt darauf dem Kinde z. B. das Goldstück, in die Hände; so hat das Kind Besitz erworben und es ist überhaupt alles geschehen, was zur Vollkommenheit einer Schenkung im eigentlichen Sinn (also einer mit Uebergabe begleiteten) gehört. Dies scheint mir die natürlichste Erklärung jener Stelle des Codex zu seyn, die mit keiner Sylbe einer besondern, zum Behuf der Besitzergreifung zu ertheilenden, auctoritas tutoris erwähnt, vielmehr ohne Einschränkung Besitz durch das Kind erwerben läßt, nämlich Besitz bereits geschenkter Sachen. Sie stimmt auch auf solche Weise recht gut mit Paulus überein, welcher bloß im Allgemeinen den Satz aufstellt, daß ein Kind Besitz nur erwirbt unter Auctorität des Vormundes, während die Stelle im Codex ein vorhergegangenes, mit dem Vormunde geschlossenes, die Auctorität einhüllendes, Rechtsgeschäft voraussetzt [11]. Der

---

11) von Savigny Recht des Besitzes S. 214. Note 1. irrt, wenn er glaubt, als ob der animus non plenus in der Stelle des Codex gar keiner seyn sollte; es ist ein unvollkommener, will der Kaiser sagen, den die auctoritas tutoris ergänzt. Wahrscheinlich auch darin, als ob unter dem responso Papiniani die l. 32. D. de poss. gemeint seyn sollte. Papinians eigne Worte scheinen hier aufgenommen zu seyn, und solche Worte, wie hier, finden sich in der Pandectenstelle nicht. Das „alioquin nullus consensus est infantis accipiendi possessionem“ in

Rechtssatz selbst, den die Lex Codicis aufstellt, bezieht sich dabei nicht bloß auf Schenkungen, wiewohl das Rescript nur von einer Schenkung spricht, weil über eine solche nur angefragt war; auch ist in den Basiliken die Schenkung bei Seite gesetzt [12]. Nach Cupers Lehre geht er auch auf unbewegliche Sachen [13]. Und es ist wahr, daß die Stelle im Codex allgemein spricht und die unbeweglichen eben nicht ausschließt; indessen die Sache kann auf sich beruhen bleiben, weil der Fall nicht vorkommen wird. Hat wohl je ein Mensch davon gehört, daß durch ein Kind der Besitz einer unbeweglichen Sache ergriffen wäre?

Ich habe mich gegen meine Neigung schon zu lange mit einem Satz beschäftigt, dessen Werth man nicht, wiewohl dies ein sehr gewöhnlicher Mißgriff unter den Gelehrten und Rechtsgelehrten ist, nach der Mühe schätzen muß, die er den Auslegern kostet und gekostet hat, die oft sogar ganz umsonst sich damit beschäftigten, indem sie riethen und nicht trafen, was mir auch begegnet seyn mag — mit einem Satz, der an sich sehr unbedeutend ist, so wichtig die Rechtsgelehrten ihn auch behandelten.

Es bleibt also dabei, daß ein Kind auch zu einer Schenkung nicht einwilligen, auch eine Schenkung nicht annehmen, sondern nur bereits geschenkter Sachen Besitz erwerben kann [14]. Wenn daher der Vater seinem aus der väterlichen Gewalt entlassenen Kinde ein Grundstück schenken will, so muß es, nach römischem Recht, durch Vermittelung eines Sclaven geschehen, damit dieser das Grundstück und durch ihn

---

der Pandectenstelle bedeutet ganz einfach: An und für sich hat ein Kind gar keinen animus possidendi, auch nicht einmal einen unvollkommenen.

12) Lib. 50. tit. 2. *Cuper* de natura possess. §. 24.

13) *Cuper* l. c.

14) *Cuper* l. c.

das Kind es erwerbe [15]). Und auch nach zurückgelegtem Kindesalter kann die Annahme nicht anders und nicht eher geschehen, als bis das Kind so weit gereift ist, daß es Begierde nach der Sache, wovon die Rede ist, haben kann und hat.

So wie nun das Kind selbst keine Schenkungen annehmen und selbst nichts erwerben kann, so wird ohne Zweifel der Vater und nach dessen Tode der Vormund berechtigt seyn, was durch Freigebigkeit dritter Personen oder durchs Gesetz dem Kinde zufällt, für dasselbe zu erwerben. Eine Erbschaft, die ihm angefallen ist, tritt derjenige für das Kind an, in dessen väterlicher Gewalt es sich befindet oder, nach dessen Tode, der Vormund [16]). Nach zurückgelegtem siebenten Jahre kann, wie wir gleich mitnehmen wollen, der Unmündige eine ihm angefallene Erbschaft selbst antreten, mit Einwilligung des Vaters, unter dessen Gewalt er sich befindet, oder unter Auctorität des Vormundes, wenn er sui juris ist [17]). Auch Vermächtnisse nimmt der Vormund für das Kind an [18]).

So gut nun der Vater für das Kind eine Erbschaft antreten, ein Vermächtniß annehmen kann, wird er ohne Zweifel auch berechtigt seyn, für das Kind eine Schenkung anzunehmen [19]). Dem Vormunde ist es schon gar nicht erlaubt,

---

15) *L.* 26. *C. de donationibus.* Si quis in emancipatum minorem, priusquam fari possit, aut habere rei, quae sibi donatur, adfectum, fundum crediderit conferendum, omne jus compleat instrumentis ante praemissis. Quod jus per eum servum, quem idoneum esse constiterit, transigi placuit, ut per eum infanti acquiratur. Diese Stelle beweiset, daß ein Kind unter sieben Jahren eine Schenkung nicht annehmen könne. Cuper c. l.

16) L. 18. pr. et §. 2. C. de jure delib.

17) L. 18. §. 4. C. eod.

18) §. 4. J. de inoff. testam.

19) *Lauterbach* Colleg. theor. pract. lib. 39. tit. 5. §. 23. *Hofacker* princ. jur. civ. tom. 2. §. 989.

einen Erwerb zu verschmähen, wodurch das Vermögen des Mündels vermehrt wird [20]).

§. 3.

Alter der Unmündigkeit.

Es erstreckt sich vom Anfange des Lebens bis nach Vollendung des zwölften und, beziehungsweise, vierzehnten Lebensjahres und schließt also das Alter der Kindheit in sich; daher auch das, was von Unmündigen gilt, von Kindern gelten muß, insofern sie nicht besonders ausgenommen sind. Besonders, wenn Unmündige etwas nicht können, gilt dies freilich auch von den Kindern, während das, was Kinder nicht können, Unmündige (von höherm Alter) vielleicht können, indem mit den zunehmenden Jahren auch die Bedeutsamkeit in der Rechtssphäre und die Fähigkeit zum Handeln wächset. Doch von den Rechtsverhältnissen der Unmündigen zu reden, die keine Kinder mehr sind, verspare ich, um zuvörderst von der Unmündigkeit selbst zu reden.

Wie infans derjenige ist, der noch nicht reden kann, so ist unmündig, wer noch nicht fähig ist, seine Art fortzupflanzen [1]). Diese Fähigkeit tritt bei den Geschlechtern verschieden ein,

---

20) L. 7. C. arbitr. tutelae.

1) Festus beim Wort: Pubes. Puber vel pubes est, qui pubem generare potest. Is incipit esse a quatuordecim annis, femina a duodecim viripotens s. patiens, ut quidam putant. Nicht zu verwechseln ist *Impubes* und *Pupillus*. Ein pupillus ist zwar auch impubes, es bezieht sich aber diese Benennung nicht bloß auf das Alter, sondern bezeichnet einen Menschen, der impubes und dabei von der väterlichen Gewalt frei ist, drückt also zugleich den Stand aus, kurz, es bezeichnet einen verwaiseten, sui juris gewordenen impubes. *L. 239. D. de verborum signif.*: Pupillus est, qui cum impubes est, desiit in patris potestate esse aut morte aut emancipatione, der folglich unter der Tutel ist oder seyn muß. In-

ein, nämlich bei dem weiblichen früher, als bei dem männlichen. Weiber reifen bekanntlich früher, als Männer. — Dafür ist nun das männliche Geschlecht mehr auf die Dauer gemacht. Weiber sind Blumen, die schnell aufblühen und verblühen. — Dem Rechtsgelehrten kann an dem Vorhandenseyn jenes Unterschiedes genügen; indessen pflegen sie auch den Grund davon anzugeben, der nur den Naturforscher angeht; wie überhaupt diejenigen, welche der Wahrheit nachspüren, wohl mitunter auf fremdes Gebiet hinüberstreifen und Schriftsteller einander wechselseitig ins Gehege kommen. Was Anton Faber [2]) darüber sagt, mag ich nicht wiederholen. Es ist weder wahr, noch witzig, noch scherzhaft, und wäre besser ungesagt geblieben. Aber die Glossographen kann ich nicht mit Stillschweigen übergehen. Accursius also entblödet sich nicht, zu sagen: — Unkraut schießt schnell auf — mala herba citius crescit, quam bona [3]). — Am Ende ist es nur dasselbe, was Macrobius etwas milder ausdrückt: Exilia poma videmus celerius maturescere, robusta serius [4]). In der That scheint es ein Naturgesetz zu seyn, daß es einer größern Anstrengung und eines größern Zeitaufwandes bedarf, etwas Vollkommneres hervorzubringen. Indessen ist es sehr die Frage, ob eine größere Vollkommenheit des Mannes anzunehmen und jenes Gesetz auf dieselbe Gattung anwendbar sey. Es kann auch der Grund des Unterschiedes darin liegen oder vielmehr er liegt höchst wahrscheinlich darin, daß die Zeu-

---

dessen scheint die römische Rechtssprache sich hieran nicht strenge zu binden und den Ausdruck auch wohl mit impubes gleichbedeutend zu nehmen. S. *Brisson* de verb. sign. s. h. v.

2) Jurispr. Papin. tit. quibus modis tutela fin. c. 2.

3) In l. 2. C. de his qui veniam aet. impetrav. et in l. 5. D. qui test. fac. possunt.

4) Somnium Scip. l. I. c. 6.

gung bloß eine Aeußerung der männlichen Kraft ist, wobei sich das Weib nur leidend verhält. Aber, wie gesagt, die ganze Sache geht uns Rechtsgelehrte weiter nicht an; daher mag es genug seyn, sie im Vorbeigehn berührt zu haben [5]).

Wie die Mannbarkeit auszumitteln sey, darüber gab es unter den römischen Rechtsgelehrten verschiedene Meinungen. Die Cassianer wollten bloß auf das Alter gesehen wissen, die Proculianer auf die Beschaffenheit des Leibes und Priscus Javolenus auf beides [6]). Gerade diese letzte Meinung scheint den Sieg davon getragen zu haben. Wer also auch vierzehn Jahr alt war, ward doch nur als mannbar und männlich behandelt, wenn er wirklich zum Manne gereift und dies aus der Beschaffenheit seines Leibes, bei angestellter Besichtigung, erkannt war. Bei Weibern ward eine solche Besichtigung, welche die Schamhaftigkeit verletzt, nicht geduldet. Hingegen bei Männern erhielte sie sich bis auf Justinian, welcher ein eigenes Gesetz gab, wodurch er sie abschaffte, indem er verordnete, daß Männer mit dem vollendeten vierzehnten und Weiber mit dem vollendeten zwölften Jahre ohne weitern Unterschied als mannbar angesehen und behandelt werden sollten [7]). Der Kaiser erzählt dies selbst in seinen In-

5) Der Unterschied zwischen den Geschlechtern, der im Civilrecht gilt in Hinsicht auf das Alter der Mündigkeit, gilt nicht in der Sphäre des Criminalrechts. Im Criminalrecht tritt Mündigkeit ein mit dem vollendeten 14ten Jahre, ohne Unterschied zwischen Mann und Weib. Es beruht dies auf Usualinterpretation des Art. 164. der Carolina. Kleinschrod systematische Entwikkelung der Grundbegriffe und Grundwahrheiten des peinlichen Rechtes. 1. Theil. §. 87. S. 174.

6) *Ulp.* fragm. tit. 11. §. ult.

7) *L. 3. C. quando tutores esse desinant.* Indecoram observationem in examinanda marium pubertate resecantes, jubemus, quemadmodum foeminae post impletos duodecim annos omnimodo pubescere judicantur, ita et mares post excessum quatuordecim annorum puberes existimentur:

stitutionen [8]). Indessen haben die Rechtsgelehrten die Wahrheit seiner Angaben zum Theil bezweifeln wollen; sie werfen ihm vor, er sey nicht der erste gewesen, welcher die Zeit der Mündigkeit auf das 14te und 12te Jahr gesetzt habe; dieser Termin habe lange vor ihm gegolten; besonders schien es ihnen unglaublich, daß auch selbst nur bei Männern eine Besichtigung des Leibes üblich gewesen seyn sollte. Aber in jeder Hinsicht geschieht dem Kaiser zu nahe; von dem Ersteren hat er schon gar nicht das Gegentheil behauptet; er rühmt bloß von sich, daß, nach seiner Verordnung, die Mündigkeit eintrete mit dem 14ten und 12ten Jahre, ohne Rücksicht auf die nicht weiter zu untersuchende Beschaffenheit des Leibes, ob dieser wirklich zur Mannbarkeit gereift sey oder nicht. (Dies darf nicht von einander getrennt werden, es gehört zusammen; er hat nicht die Jahre bestimmt, sondern, daß die bloßen Jahre ausreichen.) Ueber das Letztere traue ich dem Worte des Kaisers; seine Versicherung gilt mir mehr, als aller Ausleger. Ihre Zweifel, die an sich schon verwegen sind, haben wenigstens diesmal nicht den geringsten Grund und man muß die Geduld bewundern, die Bynkershoek gehabt hat, darauf einzugehen, um sie zu zerstreuen [9]). — Wie läßt es sich wohl glauben, daß der Kaiser durch ein Gesetz eine Sitte abschaffte, die nicht vorhanden war? —

Die Lehre, welche durch die Römer bis zu uns gelangt ist und wir noch jetzt befolgen, daß die Mannbarkeit mit dem 14ten Jahre eintritt, verliert sich in das hohe Alterthum. Die Römer empfingen sie zunächst von den Stoikern, denen unter

---

indagatione corporis inhonesta cessante.

8) Princ. J. quib. mod. tutela finitur.

9) *Bynkershoek* observat. jur. un. lib. 3. cap. 24.

den römischen Rechtsgelehrten namentlich die Proculianer folgten, und jene folgten wieder dem Hippocrates. In der Zahl 14 ist die Zahl 7 zweimal enthalten und Hippocrates lehrte [10]) nicht ohne Rücksicht auf die Zahl, daß mit diesen verdoppelten sieben Jahren der Mann — zum Manne reift. Dieser Meinung war auch der Lehrer des Hippocrates, Heraclit [11]), der wahrscheinlich nicht der erste gewesen ist, der diese Meinung aufstellte. Mit ihm verlieren wir ihre Spur, die, wenn wir sie weiter verfolgen könnten, uns vielleicht zu dem Pythagoras und zu den Egyptern u. s. w. führen würde. Merill hat eine Menge von Stellen aus den Alten gesammelt, die alle darauf führen, daß secretio seminis, Heirathsfähigkeit, Verstandesentwickelung an dieses Alter gebunden sind [12]).

Ob übrigens mit dem 14ten und 12ten Jahre jemand wirklich mannbar geworden, darauf kommt es nicht an; genug, daß er das Alter zurückgelegt hat, woran die Gesetze ein verändertes Rechtsverhältniß geknüpft haben. Daher sind auch diejenigen, welche gar nicht mannbar werden, weil sie vorher zur Zeugung unfähig gemacht sind, nach zurückgelegtem 14ten Jahre, von den Rechten der Mündigen, außer der Ehe, nicht ausgeschlossen [13]).

§. 4.

Rechtsverhältnisse der Unmündigen.

Unmündige, welche die Jahre der Kindheit zurückgelegt haben, sind von rechtlichen Geschäften überhaupt nicht ausge-

---

10) Lib. de carnibus sub fin.

11) *Plutarch* de placitis phil. lib 5. cap. 24.

12) *Merill* observat. lib. 1. cap. 22. lib. 8. c. 29. — 13) L. 5. C. qui testamenta facere possunt.

schlossen [1]). Sie können nur nicht immer selbstständig handeln; sondern bald handeln sie selbstständig, bald mit Hülfe anderer, namentlich des Vormundes. Justinian lehrt [2]) *Pupillus omne negotium recte gerit, ita tamen, ut, ubi tutoris auctoritas necessaria sit, adhibeatur tutor:* veluti si ipse obligetur, nam alium sibi obligare etiam sine tutoris auctoritate potest. Indessen bedarf doch der Satz, es könne der Unmündige alle rechtlichen Geschäfte vornehmen, wenn nur in Fällen, wo es ihrer bedarf, der Vormund eingewilligt hat, dieser Satz bedarf einiger Einschränkung, und man muß hier überhaupt drei Classen von Geschäften unterscheiden, 1) gewisse Geschäfte kann der Unmündige gar nicht vornehmen; 2) der Regel nach kann er Geschäfte aller Art verrichten, jedoch nur unter Auctorität des Vormundes; 3) gewisse Geschäfte kann er auch ohne Auctorität des Vormundes vornehmen.

Erste Classe.

Der Unmündige kann

1) keine Ehe eingehen [3]), weil die Natur ihn noch nicht zum Manne gemacht hat, wohl aber sich verloben. Um sich zu verloben, braucht man nicht mündig zu seyn [4]). Der Unmündige kann

2) kein Testament machen [5]) und also auch kein Co-

---

1) *L.* 1. §. 13. *D. de obl. et act.* Huic proximus est, qui ejus aetatis est, ut nondum intelligat, quid agatur, sed quod ad hunc, benignius acceptum est, nam qui loqui potest, creditur et stipulari et promittere recte posse.

2) §. 9. J. de inutil. stipul.

3) L. 4. D. de ritu nupt.

4) *L.* 14. *D. de sponsal.* In sponsalibus contrahendis aetas contrahentium definita non est, ut in matrimoniis: quapropter et a primordio aetatis sponsalia effici possunt, si modo id fieri ab utraque persona intelligatur, id est, si non sint minores, quam septem annis. C. 1. de desponsat. impub. in 6to.

5) §. 1. J. quib. non est permissum facere testament.

dicill nach der Regel: qui testamentum facere nequit, nec codicillos condere potest.

Ursprünglich hinderte die Unmündigen schon der Umstand daran, daß sie wegen ihres Alters nicht in den Comitien erscheinen und ihren Willen nicht vor dem Volk erklären konnten. Dieser Grund ist aber für das neuere römische Recht, welches den Satz, daß Unmündige kein Testament machen können, beibehalten hat, nicht mehr gültig, und Justinian führt einen andern an. Quia, sagt er, nullum eorum animi judicium est. Allein dies ist zuviel gesagt und paßt nicht zu sonstigen Grundsätzen des römischen Rechts; auch führt er bei anderer Gelegenheit [6]) einen andern Grund an, nämlich es fehlt ihnen noch an Charakterfestigkeit (die doch zu einer Handlung dieser Art am wenigsten nöthig zu seyn scheint), sie haben noch nicht, wie der Kaiser selbst sagt, *mentem stabilem* erlangt, und es dürfe ihnen nicht erlaubt werden, des Vorrechts weiserer Personen, zum Nachtheil ihrer nächsten Verwandten und zur Begünstigung fremder Personen, sich zu bedienen. Beides erklärt nicht, warum Unmündige nicht unter Auctorität des Vormundes über ihren Nachlaß verfügen können. Sagen wir also, eine Handlung, wodurch Jemand bestimmt, was nach seinem Tode geschehen und wem sein Nachlaß zu Theil werden soll, überschreitet die Jahre der Unmündigen; sie erfordert Ernst, Einsicht, reiferes Alter, und selbst Mündige, die noch minderjährig sind, sind zu jung dazu. Die Einmischung eines Dritten paßt eben so wenig für Handlungen dieser Art, als wenig es ihrer bedarf. Es ist zum Besten des Unmündigen nicht nöthig, daß er eine Handlung dieser Art vornimmt, die nur zum Schaden und Vortheil dritter Perso-

---

6) L. 18. C. de testam. milit.

nen gereicht. Ihm selbst bringt es keinen Vortheil, wenn er ein Testament macht, keinen Nachtheil, wenn er es unterläßt, zumal das Gesetz schon die Sorge für die Vertheilung seines Nachlasses in subsidium auf sich genommen hat. Kurz, das beneficium, was die bürgerlichen Gesetze gewähren, über das Vermögen noch über das Leben hinaus zu verfügen, kann nur einem reifern Alter, was selbstständig handelt, vorbehalten bleiben und würde sonst leicht auf eine unverständige Art ausgeübt werden oder dem Einfluß anderer Preis gegeben seyn.

Zweite Classe.

Der Regel nach kann der Unmündige Geschäfte aller Art unter Auctorität des Vormundes [7]) und ohne sie keine verrichten; er hat keinen eigenen Willen und kann ihn nicht ändern; er kann weder wollen, noch nicht wollen [8]). Die Auctorität des Vormundes ist nothwendig

1) bei allen Prozessen, die der Unmündige führt;
2) bei allen außergerichtlichen Geschäften, wodurch der Pupill etwas veräußert oder sich gegen andere verbindlich macht.

Der Pupill kann ohne Auctorität des Vormundes nichts veräußern; er kann daher z. B. keine Rechte oder Forderungen, die er an andere hat, aufgeben oder erlassen [9]), keine Zahlungen leisten [10]), kein Darlehn machen [11]).

Der Pupill kann ohne Auctorität des Vormundes sich nicht verbindlich machen; er kann daher ohne diese nichts

---

7) L. 5. D. de reg. jur.

8) *L.* 189. *D. de reg. jur.* Pupillus nec velle nec nolle in ea aetate, nisi adposita tutoris auctoritate, creditur: nam quod animi judicio fit, in eo tutoris auctoritas necessaria est.

9) L. 2. C. de auct. praest.

10) L. 9. §. 2. D. de auct. tut.

11) L. 9. pr. D. eod.

gültig versprechen, kein Darlehn empfangen [12]). Mit dem Darlehn ist der Empfang einer Nichtschuld zu vergleichen. Der Unmündige kann daher ohne Auctorität des Vormundes durch Empfang einer Nichtschuld nicht verbindlich werden; er kann auf Wiedererstattung des Empfangenen mit der condictio indebiti nicht belangt werden [13]). Er haftet nur und kann belangt werden, wenn und soweit er dadurch bereichert ist. Wenn er aber nach erlangter Mündigkeit das Empfangene zurückgezahlt hat — vorher kann er nicht zahlen — so kann er das Gezahlte nicht zurückfordern [14]).

Er kann keine Erbschaft antreten, auch keine bonorum possessio agnosciren oder sich eine fideicommissarische Erbschaft restituiren lassen [15]). Er kann auch keine frühere Verbindlichkeit in eine neue verwandeln [16]). Er kann keinen Eid zuschieben [17]).

Hat der Unmündige sich verbindlich gemacht, so kann er aus seinem Versprechen nicht belangt werden, wenigstens findet eine actio directa niemals gegen ihn Statt; nur ausnahmsweise kann er mit einer actio *utilis* belangt werden, wenn und soweit er durch das Geschäft bereichert ist [18]).

---

12) L. 59. D. de obl. et act.

13) §. 1. J. quib. mod. re contrah. oblig.

14) *L.* 13. §. 1. *D. de cond. ind.* Idem quod pupillus sine tutoris auctoritate mutuum accepit et locupletior factus est, si pubes factus solvat, non repetit.

15) L. 9. §. 3. et 4. D. de auct. tut. §. 1. J. de auct. tut.

16) *L.* 20. §. 1. *D. de novat.* Pupillus sine tutoris auctoritate non potest novare, tutor potest, si hoc pupillo expediat, item procurator omnium bonorum.

17) *L.* 17. §. 1. *D. de jurejurando.* Pupillus tutore auctore jusjurandum deferre debet, quod si sine tutore auctore detulerit, exceptio quidem obstabit, sed replicabitur: quia rerum administrandarum jus ei non competit.

18) L. 1. pr. L. 5. pr. et §. 1. D. de auct. tut. L. 3. §. 4. D. de negot. gest. L. 1. in fine. L. 3. D. commod.

Eine Anwendung dieser auf Billigkeit sich gründenden Einschränkung ist so eben bei der solutio indebiti vorgekommen.

Wenn nun gleich der Unmündige, ohne Auctorität des Vormundes, sich nicht verbindlich machen kann; so kann er doch ohne sie es werden und wird es in Fällen, wo man ohne Einwilligung verbindlich wird [19]), wie wenn ein Anderer seine Geschäfte nützlich besorgt hat, oder wenn er durch unerlaubte Handlungen schadete, vorausgesetzt, daß er in dem Alter war, daß Zurechnung bei ihm Statt findet [20]). Hat er an seinem Theil die Geschäfte eines andern verwaltet, so haftet er dem dominus aus seiner Verwaltung nicht. — Denn er würde durch seine Handlung sich verbindlich gemacht haben, und sich verbindlich machen kann er nicht, eben so wenig durch Geschäftsführung, wie durch Auftrag. — Er haftet nur und kann aus seiner Verwaltung nur belangt werden, soweit er dadurch bereichert ist [21]).

Im Allgemeinen kann man sagen: der Unmündige haftet

1) wenn er sich mit Einwilligung des Vormundes verbindlich machte;
2) wenn er in dolo war;
3) wenn er bereichert ist. Das Letztere ist eine allgemeine Regel, welche die römischen Rechtsgelehrten aus einem Rescript des Antoninus Pius ableiten.

---

19) L. 46. D. de obl. et act.

20) L. 13. §. 1. D. de dolo malo. L. 23. D. de furtis. L. 111. D. de reg. jur. *Cocceji* jus controv. lib. 2. tit. 14. qu. 30. 31. Weber von der natürlichen Verbindlichkeit. §. 71. S. 269. folg.

21) *L. 3. §. 4. D. de negotiis gestis.* Pupillus sane, si negotia gesserit, post rescriptum Divi Pii etiam conveniri potest in id, quod factus est locupletior: agendo autem, compensationem ejus, quod gessit, patitur.

Dritte Classe.

Ohne Auctorität des Vormundes kann der Unmündige nichts geben, nichts versprechen; wohl aber nehmen, empfangen, sich etwas versprechen lassen. Er kann also bei der Tradition entgegennehmen [22]). Er kann überhaupt Besitz erwerben, auch ohne Auctorität des Vormundes, nur fügt Paulus die Einschränkung hinzu, wenn er in dem Alter ist, daß es ihm an der dazu nöthigen Einsicht nicht fehlt [23]), eine Einschränkung, die nur einmal in das Rechtssystem aufgenommen ist, wiewohl sie zu dem Uebrigen, wie es ist, mir nicht zu passen scheint. Er kann seine Lage verbessern; er kann etwas erwerben; andere gegen sich verbindlich machen; sich von einer Verbindlichkeit, die ihm oblag, befreien lassen [24]).

Da also ein Unmündiger andre gegen sich, sich aber anderen nicht verbindlich machen kann; so folgt daraus, daß zweiseitige Geschäfte, die er mit andern ohne Zustimmung des Vormundes geschlossen, gegen ihre sonstige Natur, nur auf

---

22) *L. 9. pr. D. de auct. tut.* Obligari ex omni contractu pupillus sine tutoris auctoritate non potest: adquirere autem sibi stipulando et per traditionem accipiendo, etiam sine tutoris auctoritate potest; sed credendo obligare sibi non potest, quia sine tutoris auctoritate nihil alienare potest. §. 2. J. quibus alienare licet vel non.

23) *L. 1. §. 3. D. de poss.* Furiosus et pupillus sine tutoris auctoritate non potest incipere possidere: qui adfectionem tenendi non habent, licet maxime corpore suo rem contingant; sicuti si quis dormienti aliquid in manu ponat. Sed pupillus tutore auctore incipiet possidere. Ofilius quidem et Nerva filius, etiam sine tutoris auctoritate possidere incipere posse pupillum ajunt; eam enim rem facti, non juris esse, quae sententia recipi potest, si ejus aetatis sint, ut intellectum capiant.

24) Princ. J. de auct. tut. L. 9. pr. D. eod. §. 9. et 10. J. de inutil. stip. L. 28. D. de pactis. L. 11. D. de acq. rer. dom. L. 2. D. de accept. L. 1. C. de auct. praest.

der einen Seite verbindlich sind, nämlich auf Seiten dessen, der nicht unmündig ist, und daß nur der Unmündige daraus klagen, nicht aber verklagt werden kann [25]).

Hier an dieser Stelle muß ich noch einmal auf den Satz zurückkommen — der sich schon früher, weil die Gelegenheit ihm günstig war, mit hervordrängte, wiewohl die Reihe noch nicht an ihn gekommen war — daß ein Unmündiger sich verloben könne. Das Verlöbniß gehört zu den Geschäften, die ein Unmündiger auch ohne Auctorität des Vormundes schließen kann, mithin in diese dritte Classe. Der Satz selbst wird Niemanden Wunder nehmen, der sich erinnert, daß Verlöbnisse auch der Mündigen und selbst der Volljährigen nach römischem Recht nicht verbindlich und nicht klagbar sind [26]). Indessen das canonische Recht sieht das Verlöbniß eines Unmündigen soweit bindend an, daß es *„judicio ecclesiae“* wieder aufgehoben werden muß; der Unmündige kann die Wiederaufhebung begehren — ausgenommen den Fall einer sogenannten commixtio corporum, die in diesem zarten Alter für möglich gehalten wird — jedoch erst nach erlangter Mündigkeit. Für den Unmündigen, welcher sich verlobt hat, wird das Verlöbniß erst unwiderruflich, wenn er es nach erlangter Mündigkeit genehmigt hat; bis dahin kann er davon wieder abgehen, ohne allen weitern Grund, als weil er nicht will. Waren beide unmündig, so kann das Verlöbniß auf Verlangen dessen, der zuerst mündig geworden, „judicio ecclesiae“ wieder aufgehoben werden und er hat nicht

25) Pr. J. de auct. tut. *L.* 13. §. 29. *D. de act. emti et vend.* Si quis a pupillo sine tutoris auctoritate emerit: ex uno latere constat contractus: nam qui emit, obligatus est pupillo, pupillum sibi non obligat.

26) L. 1. C. de sponsal. L. 2. C. de repudiis.

nöthig, zu warten, bis der andere auch mündig geworden. Der Mündige, der sich mit dem Unmündigen verlobte, ist an das Verlöbniß gebunden; nicht jenem steht das Recht zu, was nur diesem verliehen ist, sich die Sache reuen zu lassen; das jus recedendi a sponsalibus [27]). Daß Unmündige sich oder ihre Aeltern sie verloben, ist übrigens unsern Sitten nicht gemäß. —

Soviel von den Fällen, da ein Unmündiger selbstständig handeln kann. Was nun ein Unmündiger ohne Auctorität des Vormundes vornehmen kann, das kann er freilich auch mit Auctorität des Vormundes vornehmen, welche in Fällen, wo es ihrer nicht bedarf, kömmt sie zum Ueberfluß hinzu, nicht schadet, wie ein bekannter Spruch uns lehrt. —

Es ist hier immer nur die Rede davon gewesen, mit welcher Freiheit, unter welchen Beschränkungen Unmündige handeln, denen ein Vormund vorsteht; man wird die Grundsätze vermissen, die von Unmündigen unter väterlicher Gewalt gelten. Die Gesetze schweigen davon; so schweigen auch die Rechtsgelehrten.

Im Allgemeinen scheint es, daß alles, was gesagt ist, vom Unmündigen überhaupt gilt, nur daß einer, welcher unter väterlicher Gewalt steht, sich gar nicht verbindlich machen kann, auch nicht mit Einwilligung des Vaters [28]). Hat

---

27) Cap. 7. et 8. X. de desponsat. impub. Anders stellt G. L. Böhmer die Sache dar, welcher (princ. jur. can. §. 366.) schreibt: Permittuntur sponsalia impuberibus vel parentibus pro eis, haud contradicentibus (c. 4. 5. X. de desponsat. impub. c. un. eod. in 6to) quamquam durante impubertate, *non sint obligatoria, nec vim obligandi accipiant,* quam in pubertate rata habita; salva libertate ab iisdem sine omni alia causa post pubertatem recedendi (c. 7. et 8. X. eod.) quae nec poena conventionali tolli potest.

28) L. ult. §. 2. D. de verb. obl. §. 9. J. de inutil. stipul.

er sich verbindlich gemacht, so findet keine Klage gegen ihn Statt, auch nicht gegen den Vater, ausgenommen, wenn und soweit das Vermögen des Unmündigen dadurch vermehrt ist [29]. Hingegen kann er sich etwas versprechen lassen [30]. Eine Erbschaft tritt er, wie schon früher erwähnt, mit Einwilligung des Vaters an.

§. 5.

Infantiae — pubertati proximi.

Im römischen Recht ist an einigen Stellen die Rede von infantiae proximis und an andern von pubertati proximis [1]. Was es mit diesem Unterschiede eigentlich für eine Bewandniß habe, ist sehr leicht zu sagen, und eigentlich kaum der Erwähnung werth. Aber die Rechtsgelehrten sind nun einmal gewohnt, Schwierigkeiten zu erregen, wo keine sind, und die einfachsten Dinge zu verwirren. Nach der Meinung des Accursius würde der Zeitraum zwischen der zurückgelegten Kindheit und der noch nicht erlangten Mündigkeit in zwei Theile zu zerlegen seyn; wer $10\frac{1}{2}$ Jahr alt ist, steht gerade auf der Grenzlinie; wer noch nicht $10\frac{1}{2}$ Jahr alt ist, steht der Kindheit näher, wer älter ist, der Mündigkeit. Diese Meinung hat das Gute, daß der Unterschied dadurch scharf bestimmt wird, aber sie ist so offenbar unrichtig, daß man sich wun-

29) L. 1. §. 4. D. de peculio. *Schulting* de obl. nat. c. 10. in fine. (Com. acad. vol. 1. p. 28.)

30) *L. ult.* §. 2. *D. de verb. obl.* Pupillus, licet, ex quo fari coeperit, recte stipulari potest, tamen, si in parentis potestate est, ne auctore quidem patre obligatur; pubes vero, qui in potestate est, proinde ac si paterfamilias, obligari solet. Quod autem in pupillo dicimus, idem et in filiofamilias impubere dicendum est.

1) §. 9. J. de inutil. stipul. §. 18. J. de obl. quae ex delicto nasc. L. 13. §. 1. D. de dolo malo. L. 4. §. 26. D. de doli mali et metus exc. L. 111. D. de reg. jur.

dern muß, wie sie Anhänger und bedeutende finden konnte. Wäre es die Meinung des römischen Rechts gewesen, zwischen denen, die der Kindheit, und andern, die der Mündigkeit näher stehen, zu unterscheiden, so würde es sich fürwahr sehr unrichtig ausgedrückt haben, wenn es, statt propior, proximus sagte. Ueberhaupt darf man nur die Stellen betrachten, um sich sogleich zu überzeugen, daß der ganze Unterschied unbestimmt sey und daß infantiae proximus einer sey, welcher dem Kindesalter noch sehr nahe steht, weil er es erst vor kurzem überschritten — und pubertati proximus einer, welcher von der Mündigkeit nicht mehr weit entfernt ist. Beide werden sich einander gar nicht entgegengesetzt, und im Grunde existirt der ganze Unterschied bloß in den Schriften der (nicht römischen) Rechtsgelehrten.

Mit Beiseitsetzung unnützer Unterscheidungen, lauten die Rechtssätze, worauf es ankömmt, so: 1) Wer die ersten sieben Lebensjahre zurückgelegt hat, steht nicht mehr unter den Gesetzen, die von den Kindern gelten; das besondere Recht der Kinder ist nicht mehr auf ihn anwendbar, sollte er auch der Kindheit noch sehr nahe und mithin, in Hinsicht auf seine Einsicht, dem Kinde gleich stehen, mit Einem Worte, ein infantiae proximus seyn. Zwischen dem infantiae proximus und pubertati proximus ist in bürgerlichen Angelegenheiten gar kein Unterschied. Das Recht der Unmündigen, die keine Kinder sind, ist auf beide mit gleicher Stärke anwendbar. Der Unmündige, der das Kindesalter eben nur zurückgelegt hat, ist eben so wenig nach den Rechten der Kinder zu beurtheilen, als der Unmündige, der bald Aussicht hat, mündig zu werden, nach den Rechten der Mündigen. Das

ist die wahre Meinung der Gesetze [2]). Für die Entwickelung des Verstandes ist freilich ein Unterschied nach den Jahren des Unmündigen und es kann die Frage entstehen, wie alt er ist; aber in rechtlicher Hinsicht ist keiner. 2) Ein Unmündiger ist nach römischem Recht der Regel nach keines dolus fähig. Aber ein Unmündiger, welcher der Mündigkeit nahe steht, kann allerdings in dolo seyn; denn ihm fehlt es nicht wirklich an Einsicht in das, was er vornimmt, weil die Natur so scharfe Grenzlinien nicht zieht, als hier in Hinsicht auf bürgerliche Rechtsverhältnisse von den Gesetzen angenommen sind. Er weiß recht gut, daß er nicht tödten, nicht stehlen u. s. w. darf [3]). Nur Verbrechen einer gewissen Art kann, wer pubertati proximus und doli capax ist, nicht be-

---

2) §. 9. J. de inutil. stipul.

3) *L.* 111. *D. de reg. jur.* Pupillum, qui proximus pubertati sit, capacem esse et furandi et injuriae faciendae. *L.* 13. §. 1. *D. de dolo malo.* Item in causae cognitione versari Labeo ait, ne in pupillum de dolo detur actio, nisi forte nomine hereditario conveniatur. Ego arbitror, et suo dolo conveniendum, si proximus pubertati est: maxime si locupletior ex hoc factus est. *L.* 4. §. 26. *D. de doli mali et metus exceptione.* De dolo autem ipsius minoris vigintiquinque annis exceptio utique locum habebit. Nam et de pupilli dolo interdum esse excipiendum, nequaquam ambigendum est, ex ea aetate, quae dolo non careat. Denique Julianus quoque saepissime scripsit, doli pupillos, qui prope pubertatem sunt, capaces esse. quid enim, si debitor, ex delegatu pupilli, pecuniam creditori ejus solvat, fingendus est (inquit) pubes esse: ne propter malitiae ignorantiam bis eandem pecuniam consequatur. Idem servandum furioso ait: si, cum existimaretur compos mentis esse, jusserit debitorem creditori solvere: vel si, quod exigit, domi habeat. §. 18. *J. de obl. quae ex delicto nascuntur.* In summa sciendum est, quaesitum esse, an impuber rem alienam amovendo furtum faciat. Et placuit, quia furtum ex adfectu furandi consistit, ita demum obligari eo crimine impuberem, si proximus pubertati sit, et ob id intelligat, se delinquere.

gehen oder vielmehr vollbringen, nämlich Verbrechen, welche die Mannbarkeit voraussetzen [4]). Der Satz gehört indessen eigentlich nicht hieher, denn es fehlt in solchen Fällen nicht am bösen Willen, sondern an der Möglichkeit der Ausführung. Verbrechen dieser Art kann der Unmündige auch bei dem besten — oder vielmehr schlechtesten — Willen nicht begehen; das versteht sich.

Von dem Grundsatz des römischen Rechts, daß ein Unmündiger keines dolus fähig ist, und wegen eines Verbrechens nicht bestraft werden kann, es sey denn, daß der Unmündige schon der Mündigkeit sehr nahe steht, weicht im Grunde die Carolina ab. Denn nach der Carolina [5]) sollen unmündige Diebe zwar nicht am Leben, doch (durch den Richter) am Leibe bestraft werden. Der Artikel spricht nicht bloß von solchen Unmündigen, die der Mündigkeit nahe stehen, sondern redet allgemein, ohne alle Rücksicht auf das Alter, ja er nimmt sogar die Kinder unter sieben Jahren, die unter dem allgemeinen Ausdruck Unmündige begriffen sind, nicht aus. Sogar die Todesstrafe ist nicht durchaus verworfen, sie soll ihnen nur ohne besondere Ursache nicht zuerkannt werden. Das Gesetz ist freilich nicht grausam, sondern über alle Maßen unvernünftig; aber die Worte sind so klar und deutlich, daß sie nicht den geringsten Zweifel über den Sinn des Gesetzgebers übrig lassen. Die Meinung Böhmers [6]), als ob die Stelle von pubertati proximis zu verstehen sey, hat nicht den geringsten Grund. Von diesen ist in demselben Artikel noch besonders die Rede; und sie sollen selbst am Leben ge-

4) *L. 36. D. ad leg. Jul. de adult.* Si minor annis adulterium commiserit, lege Julia tenetur: quoniam tale crimen post pubertatem incipit. 5) Art. 164.

6) Ad art. 164. §. 1.

gestraft werden können, wenn der Diebstahl groß und unter beschwerlichen Umständen begangen ist, daß die Bosheit die Jahre eines Unmündigen übersteigt, oder, wie das Gesetz sich ausdrückt, das Alter erfüllt, d. h. die am Alter der Mündigkeit fehlenden Jahre voll macht.

§. 6.

Von der natürlichen Verbindlichkeit der Unmündigen.

Ich glaube nicht, was mit Merill [1]), Mascov [2]) u. a. m. Weber glaubt [3]), über die Frage, ob dem Unmündigen, welcher ohne Einwilligung des Vormundes sich verbindlich gemacht, eine natürliche Verbindlichkeit obliege, habe unter den römischen Rechtsgelehrten Zwiespalt geherrscht, sie seyen darüber, wie er sich ausdrückt, ganz uneinig gewesen; denn dies läßt sich bloß daraus, daß sie sich in verschiedener Beziehung verschieden darüber äußern, nicht schließen; ich glaube nicht, was andere glauben, daß zwischen infantiae und pubertati proximis zu unterscheiden sey; ich glaube vielmehr, den Unmündigen liege nach dem System des römischen Rechts ohne Unterschied des Alters eine natürliche Verbindlichkeit ob, wenn diese gleich in Hinsicht auf sie selbst ohne alle Wirkung ist. Ich fange hier also gleich mit dem Resultat an, mit dem, was auch Weber behauptet, wohin die Rechtsgelehrten am Ende sonst alle gelangen, und worüber sie im Grunde ziemlich einverstanden sind.

Dem Unmündigen liegt an und für sich eine natürliche Verbindlichkeit ob, zu erfüllen, was er versprochen hat. Es

1) Obs. jur. civ. lib. 7. cap. 5.

2) De sectis veterum jurisconsult. cap. 9. p. 192.

3) Von der natürlichen Verbindlichkeit §. 71. S. 264.

ist eine Einrichtung des Staates, welche Unmündige unter den Schutz anderer stellt, und sie zu ihrem Besten von der Fähigkeit ausschließt, sich verbindlich zu machen. Abgesehen von positiven Gesetzen, hängt die Fähigkeit, sich verbindlich zu machen, von der Einsicht, nicht von bestimmten Jahren ab. Ein Unmündiger kann sich daher verbindlich machen, wenn es ihm an der dazu nöthigen Einsicht nicht gebricht. Allein, dem römischen Recht ist diese Regel nicht, und auch diese Einschränkung nicht gemäß. Die Unfähigkeit zu rechtlichen Geschäften endigt sich mit dem vollendeten siebenten Jahre. Unmündige, welche das siebente Jahr zurückgelegt haben, können andere gegen sich verbindlich machen und mit eben der Einsicht, als dazu erforderlich ist, müssen sie auch sich gegen andere verbindlich machen können, folglich liegt ihnen ohne Unterschied der Jahre eine obligatio naturalis ob. Kurz, das römische Recht, welches Unmündigen, die keine Kinder mehr sind, die Fähigkeit zutraut, sich etwas versprechen zu lassen, räumt ihnen eben dadurch an und für sich auch die Fähigkeit ein, zu versprechen, und, wie es in dem einen Fall nicht auf das Alter und das Individuum sieht, kann es in dem andern auch nicht auf Alter und Individuum Rücksicht nehmen. Es besorgt nur, daß Unmündige von dieser Fähigkeit einen ihnen nachtheiligen Gebrauch machen möchten; es schützt sie, wenn es geschehen, gegen die Folgen, und zwar auf jede Weise.

Wirklich finden wir auch, daß nach römischem Recht ein Unmündiger, welcher sich ohne Vormund verbindlich gemacht hat, für einen solchen erklärt wird, dem eine obligatio naturalis obliegt [4]). Dabei ist kein Unterschied nach Alter und

---

4) L. 44. D. de solut. L. 21. D. ad legem Falc. L. 64. D. ad SCtum Trebell.

Individuum; wiewohl er hier an und für sich gar nicht verwerflich seyn würde. Es ist auch kein Unterschied zwischen infantiae und pubertati proximis. Die Gesetze unterscheiden zwischen beiden nicht; weder diejenigen, welche die obligatio naturalis anerkennen, noch diejenigen, welche sie läugnen; jene schränken ihren Satz eben so wenig auf pubertati, als diese den ihrigen auf infantiae proximos ein. Von diesem Unterschied ist hier nirgends eine Spur, der überhaupt dem römischen Recht, wie ich schon zuvor erwähnt habe, nicht bekannt ist.

Daß ein Unmündiger, der sich ohne Vormund verbindlich machte, naturaliter hafte, beweisen erstlich diejenigen Stellen, welche ausdrücklich von einer ihm obliegenden *obligatio naturalis* reden, welche getilgt werden, von einem auf den andern übergehen kann u. s. w. [5]); zweitens diejenigen, welche lehren, der Unmündige, welcher sich ohne Vormund verbindlich machte, hafte nur nicht *jure civili* [6]); drittens gewisse Sätze — ich würde sagen Bestimmungen, wenn hier, auf den Ursprung gesehen, von den eigentlichen Gesetzen die Rede wäre — welche eine obligatio naturalis voraussetzen, und nur als Folgerungen aus dem Grundsatz, daß den Unmündigen eine solche obliege, anzusehen sind. Dahin gehört

1) daß die Verbindlichkeit der Unmündigen, welche ohne Einwilligung des Vormundes versprochen haben, per modum novationis in eine andere verwandelt werden kann [7]);

2) daß, wenn ein Unmündiger, ohne Einwilligung des Vormundes, die Verbindlichkeit eines Dritten, per modum expromissionis, übernimmt, die vorige Verbindlichkeit er-

5) L. 21. D. ad leg. Falc. L. 64. D. ad. SCtum Trebell.

6) L. 43. D. de obl. et act.

7) L. 1. §. 1. D. de novat.

lischt, weil wirklich eine neue, nämlich die natürliche des Pupillen, an deren Stelle tritt, wenn diese gleich für den Gläubiger von keinem Werth ist [8]). Gleich wie zur Novation genügt eine alte Verbindlichkeit, wenn es auch nur eine natürliche ist, welche verwandelt wird; also ist es auch genug, wenn die neue Verbindlichkeit, worin eine vorhergehende verwandelt wird, nur eine natürliche ist [9]);

3) daß der Gläubiger, gegen welchen der Unmündige, ohne Einwilligung des Vormundes sich verbindlich machte, wenn er des Unmündigen Erbe geworden, alles, was er aus dem Vertrage zu fordern hat, in Abzug bringen kann [10]);

4) daß für das Versprechen des Unmündigen, der sich ohne Einwilligung des Vormundes verbindlich machte, sich jemand gültig verbürgen kann [11]).

Zwar giebt es nun wieder andere Stellen, welche sagen, dem Unmündigen, der sich ohne Einwilligung des Vormundes verbindlich machte, diesem Unmündigen liege keine natürliche Verbindlichkeit ob [12]); allein damit bezieht es sich auf die Wirkungen der natürlichen Verbindlichkeit, die in Hinsicht auf den Unmündigen selbst nicht Statt finden. Der Gläubiger, welcher gegen ihn nicht kla-

---

8) §. 3. J. quibus modis tollitur obl.

9) L. 1. §. 1. D. de novat.

10) L. 95. §. 2. *D. de solut.* Si creditor, qui pupillo sine tutoris auctoritate nummos crediderat, heres ei extitit, non, quanto locupletior pupillus factus est, consequeretur, sed in solidum creditum suum ex hereditate retinet.

11) *L.* 127. *D. de verb. obl.* Si pupillus sine tutoris auctoritate Stichum promittat et fidejussorem dedit, servus autem post moram a pupillo factam decedat: nec fidejussor erit propter pupilli moram obligatus. nulla enim intelligitur mora ibi fieri ubi nulla petitio est; esse autem fidejussorem obligatum ad hoc, ut vivo homine conveniatur, vel ex mora sua postea.

12) L. 41. D. de cond. indeb. L. 59. D. de obl. et act.

gen kann, ist auch nicht befugt, sich durch Einrede, durch Vorenthaltung und Abrechnung bezahlt zu machen; und hat der Unmündige sein Versprechen erfüllt, kann er das Gegebene zurückfordern [13]). Denn, da der Unmündige sich zu seinem Schaden nicht verbindlich machen kann, da das Gesetz ihn zu seinem Besten von der Fähigkeit, sich verbindlich zu machen, ausschließt; so nimmt es ihn auch, wenn es geschehen, gegen die nachtheiligen Folgen seiner Handlungen in Schutz, so, daß er weder gerade zu, noch per indirectum zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit genöthigt werden kann. Die natürliche Verbindlichkeit ist in Hinsicht auf ihn selbst, da sie gar keine Wirkungen hat, als nicht vorhanden zu betrachten, während sie, an und für sich vorhanden, in jeder andern Hinsicht, namentlich in Beziehung auf Dritte, dafür anerkannt wird. Hierin stimmen auch die bessern Schriftsteller überein [14]).

§. 7.

Mündigkeit.

Mit dem Eintritt der Fähigkeit, seine Art fortzupflanzen, wofür das römische Recht ein bestimmtes Alter, ohne Rücksicht auf die, nur mit Verletzung der Schamhaftigkeit auszumittelnde, Wirklichkeit annimmt, tritt nun zugleich von Rechtswegen die Fähigkeit ein, den Geschlechtstrieb, in der

---

13) *L.* 41. *D. de cond. indeb.* Quod pupillus sine tutoris auctoritate stipulanti promiserit, solverit: repetitio est: quia nec natura debet.

14) S. *Frommann* de obl. naturali §. 51. *Vinn.* ad §. 9. J. de inutil. stipul. Nr. 4. der übrigens doch einen Unterschied macht zwischen infantiae und pubertati proximis. *Schulting* de obl. nat. c. 10. (Com. academ. Vol. I. p. 27.) Weber von der natürlichen Verbindlichkeit §. 71. S. 264. folg.

durchs Gesetz beschränkten Art, nämlich in der Ehe, zu befriedigen. Die Mündigkeit ist das Alter der Heirath (aetas nuptiarum [1])), welches, indem es zugleich für die Entwickelung des Verstandes Epoche macht, dem Menschen in der Sphäre des Rechts Bedeutung giebt. Fähig, sich in die Ehe zu begeben und eine Familie zu stiften, hört er auf, unter Vormundschaft zu stehen, wenn er bisher darunter stand; er kann seiner Person selbst vorstehen; ist fähig, sein Vermögen zu verwalten; zu bestimmen, was damit nach seinem Tode geschehen soll; Geschäfte aller Art zu schließen, und, was er bisher nicht konnte, sich in Verträgen auch anderen verbindlich zu machen [2]). Ein Mündiger, unter väterlicher Gewalt, wird von jetzt an wie ein paterfamilias verbindlich, und, wie er vor erlangter Mündigkeit sich nicht einmal mit Einwilligung des Vaters verbindlich machen konnte, so bedarf es jetzt nicht mehr der Einwilligung des Vaters, damit er verbindlich werde [3]).

Die Hauptwirkung der Mannbarkeit ist die Fähigkeit zur Ehe; und bei ihr ist nöthig, noch etwas länger zu verweilen.

Wie frühe Jemanden erlaubt seyn soll, sich in die Ehe zu begeben, darüber scheint es keiner gesetzlichen Bestimmung zu bedürfen; es scheint, man könne den Zeitpunkt der Heirath den Leuten überlassen, welche die Heirath stiften wollen. Auch war es nach römischem Rechte nicht gerade verboten, vor dem

---

1) L. 24. C. de nuptiis.

2) *L.* 43. *D. de obl. et act.* Obligari potest paterfamilias, sua potestate pubes, compos mentis. Pupillus sine tutoris auctoritate non obligatur jure civili. —

3) *L.* 141. §. 2. *D. de verb. obl.* Pupillus, licet, ex quo fari coeperit, recte stipulari potest, tamen si in parentis potestate est, ne auctore quidem patre, obligatur. pubes vero, qui in potestate est, proinde ac si paterfamilias obligari solet. Quod autem in pupillo dicimus, idem et in filiafamilias impubere dicendum est.

14ten oder 12ten Jahre zu heirathen; ein solches Verbot habe ich wenigstens nicht darin gefunden; nur die Wirkungen der Ehe traten vor diesem Alter nicht ein [4]). Und eben so verhält es sich nach canonischem Recht; an mehreren Stellen ist die Rede von solchen, die sich vor dem gesetzlichen Alter in die Ehe begeben haben, welche erst nach erreichter Mündigkeit, wenn sie nicht bei einander bleiben wollen, von einander getrennt werden können. Das Gesetz duldet also eine solche Verbindung, es erkennt sie nur nicht für eine Ehe an [5]). Dabei scheint das canonische Recht hier nicht auf die Jahre, sondern auf die Fähigkeit zu sehen, so daß die Fähigkeit zur Ehe zugleich mit der Fähigkeit zum Zeugen eintritt, mag die letztere vor dem gesetzlichen Alter oder nachher sich einstellen. Kurz, in Hinsicht auf die Heirath scheint das canonische Recht sich nicht mit bloßen Worten begnügen zu wollen [6]).

Das römische Alter der Heirath ist auch in Deutschland das gesetzliche. Indessen ist es unserm Clima nicht angemessen; der Zeitpunkt der Mannbarkeit tritt in Deutschland erst etwa zwei Jahre später ein, nämlich, wie die Naturforscher lehren, beim männlichen Geschlecht gegen den Schluß des 16ten und bei Frauenzimmern mit dem Anfang des 15ten Jahres [7]). Die Rechtsgelehrten haben sich daher zum Theil

---

4) *L. 4. D. de ritu nupt.* Minorem annis duodecim nuptam tunc legitimam uxorem fore, cum apud virum explesset duodecim annos.

5) Cap. 8. 10. 14. X. de desponsat. impub. c. un. §. 1. eod. in 6to.

6) c. 3. X. de desponsat. impub.

7) Plouquet vom Alter der Menschen S. 35. Metzger gerichtliche Arzeneiwissenschaft §. 439. bemerkt, die Fähigkeit, Kinder zu zeugen, sey nach dem Clima verschieden; bei dem weiblichen Geschlecht erscheine sie bei uns in seltenen Beispielen früher, als im 14. oder 15., beim männlichen im 16. oder 18. Jahre.

für erlaubt gehalten, eine so frühe Ehe, wie sie nach römischem Recht Statt findet, für unerlaubt zu erklären [8]). Carpzov will eine Ehe im Alter von 14 und 12 Jahren nur etwa in subsidium gestatten, nämlich wenn die jungen Leute ihre Begierden nicht bezähmen können, und die Ehe, welche in diesem Alter zu früh geschlossen wird, soll dazu dienen, größeres Unheil zu verhüten [9]).

Indessen ist es mir überhaupt zweifelhaft, ob wirklich in Deutschland die Mannbarkeit bedeutend später eintritt, wie auf dem festen Lande des angrenzenden Italien. Ist die Wärme überhaupt auf die Entwickelung dieser Fähigkeit von Einfluß, und, wenn sie es ist, kann das Clima beider Länder einen so großen Unterschied machen? Die Sache wird schon dadurch zweifelhaft, daß, wie ich oben erwähnt habe, die Römer das Alter der Mannbarkeit gar nicht in Folge einer Beobachtung ihrer Landesart bestimmt, sondern es vom Hippocrates angenommen haben. Und haben sie nicht etwa in der Mannbarkeit bloß den äußersten Termin des möglichen Anfangs (den terminus a quo) bestimmen wollen? Allerdings; wie ich in dem folgenden Paragraphen zeigen werde. Auffallend ist es mir dabei, daß nach dem, was die Leute vom Fach lehren, die Mannbarkeit in seltenen Beispielen auch vor dem 16ten und 14ten Jahre eintritt, also doch bisweilen eintritt, und daß der späteste Termin, den sie angeben, mit der römischen plena pubertas, welche auch den spätesten Termin in Deutschland ausmacht, zusammentrifft [10]). Aber, gesetzt, der römische Termin sey dem Clima von Italien, ein späterer dem

---

8) Bülow und Hagemann praktische Erörterungen Bd. 2. Nr. 61.

9) *Carpzov.* jurispr. eccl. lib. 2. tit. 1. d. 12. Nr. 18. und 21.

10) s. Note 1.

deutschen angemessen, daraus würde doch immer nicht folgen, daß wir berechtigt sind, den vom Gesetz einmal angenommenen Termin, während wir ihn in jeder andern Beziehung beibehalten haben, in Hinsicht auf die Ehe bei Seite zu setzen. Es würde daraus nur folgen, daß Grund vorhanden sey, für deutsche Gesetzgeber, das Alter der Heirath etwas weiter hinauszurücken. In Ländern, wo dies nicht geschehen ist, muß es billig bei dem römischen Recht sein Bewenden behalten [11]).

Die Sache ist indeß für die Anwendung so wichtig nicht. Im Alter von 14 Jahren wird es so leicht keinem Manne einfallen, zu freien, noch einem Weibe im 12ten sich freien zu lassen; und selbst Ehen im 18ten und beziehungsweise 14ten Jahr werden so leicht nicht vorkommen, weil es zur Schließung der Ehe in unserm gesellschaftlichen Zustande an der bloßen Zeugungskraft nicht genug ist, sondern noch sonst einiges dazu gehört, als namentlich Verstand, einem Hauswesen vorzustehen, mit einer Frau und beziehungsweise einem Manne umzugehen; ein Amt, Gewerbe oder Vermögen, Frau und Kinder zu ernähren und die Fähigkeit, Kinder erziehen zu können, nachdem man zuvor seine eigene Erziehung vollendet hat. Für die Gesundheit der Aeltern und Kinder, die Fruchtbarkeit der Ehen ist durch heirathen solcher Personen, deren Körper völlig gereift und kräftig geworden, die überhaupt zur Ehe gehörig vorbereitet sind, ohne Zweifel am besten gesorgt.

---

11) Doch kann die Jugend der Kinder einen Grund für die Aeltern abgeben, in die Heirath nicht einzuwilligen. *J. H. Boehmer* de juribus diversis ex diversitate climatum natis. Ex. ad Dig. tom. I. ex. 7.

§. 8.
Pubertas plena — minus plena.

Wenn man von dem Alter der Mündigkeit vier und beziehungsweise zwei Jahre höher steigt, gelangt man zur vollen Mündigkeit (plena pubertas) die also beim Manne mit dem vollendeten 18ten, beim Weibe mit dem vollendeten 14ten Jahre eintritt. Die Rechtsgelehrten pflegen sich hier, wie bei der Mündigkeit, und dem Alter überhaupt, zu begnügen, die Zahl der Jahre anzugeben, die zur Stufe des Alters, also hier zur vollen Mündigkeit erforderlich sind, und die Fälle, da es im Rechtsgebiet auf diese Stufe, hier auf volle Mündigkeit, ankömmt, aufzuzählen; allein, was helfen dergleichen einzelne, nackte Sätze, wenn man den Grund nicht kennt, worauf sie beruhen, wenn man den Zusammenhang nicht einsieht?

Das Alter von 14 und beziehungsweise von 12 Jahren ist in Hinsicht auf die Zeugungskraft als der eine äußerste Punct angenommen, von wo die Natur ausgehen kann; es ist auch mehr nur der erste Anfang, als eine völlig entwikkelte Kraft. Hingegen ward das Alter von 18 und 14 Jahren als dasjenige angesehen, wo die Zeugungskraft vollständig entwickelt, wo sie auch bei solchen, in deren Bildung die Natur langsam fortschreitet, vollendet ist [1]. Das Alter der Mündigkeit, welches die Gesetze angenommen haben, drückt

---

1) *Paulus* receptae sent. lib. 3. tit. 4. §. 2. Spadones eo tempore testamentum facere possunt, quo plerique pubescunt, id est, anno decimo octavo. *Theophil.* paraphr. gr. Inst. tit. de adopt. §. 4. in fine. ἡ γὰρ τοιαύτη ἡλικία plena λέγεται pubertas, τουτ᾽ ἔστιν ἐφηβότης τελεία, ὅτε καὶ οἱ βραδέως ἡβῶντες ἡβῶσι, τοῦ σχήματος πάντως συντρέχοντος. Nach der Uebersetzung von Reiz: haec enim aetas plena pubertas dicitur, quando etiam tarde pubescentes puberes fiunt, corporis habitu omnino concurrente.

also den möglichen Anfang, hingegen die volle Mündigkeit den Zeitpunct aus, von welchem entschieden anzunehmen ist, daß der Mensch völlig zur Reife gelangt sey. Schon der gesetzliche Ausdruck plena pubertas deutet darauf hin.

Diese volle Mündigkeit verhält sich zu der vorigen, wie die Regel zur Ausnahme, und, wenn von der Mündigkeit schlechthin die Rede ist, so ist die pubertas minus plena zu verstehen [2]).

Das römische Recht hat die volle Mündigkeit beibehalten bei der Adoption, indem derjenige, welcher auf diese Art zum Vater werden will, um eine plena pubertas, also um 18 Jahr älter seyn muß, als der an Kindes Statt Anzunehmende [3]), treu dem Grundsatz, daß die Adoption die Natur zum Vorbilde nehmen soll (adoptio imitatur naturam). Während sie die Natur mit Füßen tritt, soll sie doch mit Schonung dabei zu Werke gehen; sich ihr soviel möglich zu nähern suchen. Man wird aber fragen, wenn schon mit dem 14ten Jahre die Zeugungskraft des Mannes anfängt, warum ist das höhere Alter von 18 Jahren gerade bei der Adoption beibehalten? Zur bloßen Möglichkeit, daß Jemand Vater seyn könne, scheint nach dem, was das Gesetz durch Feststellung der Jahre der Mündigkeit einmal angenommen hat, nichts weiter erforderlich zu seyn. Allein, in demselben Zeitpunct, da Jemand mannbar wird, kann er doch nicht schon wirklich Vater seyn; also muß der Termin der möglichen Vaterschaft von dem Termin der möglichen Zeugungskraft abstehen und um etwas weiter hinausgerückt werden. Daß man nun, statt des nicht anwendbaren kürzesten, gleich den längsten Termin

---

2) Glück Erläuterung der П. 2. Theil. §. 130. S. 221.

3) L. 40. §. 1. D. de adopt. §. 4. J. de adopt.

nahm, dadurch scheint der Termin auf der andern Seite zu weit hinausgerückt zu seyn; indessen dies rührte wohl daher, daß dieser einmal gegeben war, daß man auch hier den Grundsatz adoptio imitatur naturam vor Augen hatte, und sich der natürlichen Abstammung, wie sie in der Wirklichkeit vorkommt, mehr nähern wollte, daß auch ein höheres Alter von 18 Jahren dem Verhältniß von Vater und Kind, was hier durch Kunst begründet werden soll, mehr angemessen ist.

Ferner finden wir die Zeit der vollen Mündigkeit beibehalten, wenn Unterhaltsmittel bis zur erreichten Mündigkeit vermacht sind [4]), und es also für die Vermächtnißnehmer vortheilhaft ist, noch nicht mündig zu seyn. Auch in einigen andern Fällen ist ein Alter von 18 Jahren erforderlich, als namentlich zum judex (sc. pedaneus) [5]).

§. 9.

Minderjährigkeit.

Nach dem, wie das Alter bisher fortschritt, müßte das Jahr 21 einen neuen und den letzten Abschnitt der Jugend beendigen; aber dieser Abschnitt dauert 4 Jahre länger, und das Geschlecht macht keinen Unterschied weiter.

Doch giebt es allerdings Länder, welche diese, die heilige Zahl dreimal einhüllende, Zahl als zum vollen Alter hinlänglich angesehen, dieses Alter als das gesetzliche angenommen haben. Und es gehört dahin namentlich Sachsen; auch Baiern; imgleichen Schweden [1]) und Frankreich [2]). Die Sache hat,

---

4) L. 14. §. 1. D. de alim. leg.

5) L. 57. D. de re jud.

1) Wer noch nicht ein u. zwanzig Jahre zurückgelegt hat, heißt es im Schwedischen Gesetz, Abschnitt von der Erbschaft, Cap. 19. §. 1., habe nicht Macht, seinem Erbe selbst vorzustehen. Kann er sich etwas erwerben, darüber mag er selbst schalten, nachdem er 15 Jahr alt ist.

2) Die Volljährigkeit tritt nach

wenigstens was Sachsen betrifft, ihren guten und zureichenden Grund, den Carpzov mit diesen Worten anführt: In terris Saxoniae maturius aliquanto sapiunt homines [3]). — Sachsen beschämt hierin Länder, die von einer wärmern Sonne beschienen sind.

In Italien, in dem wärmern Italien, geht die Natur langsamer zu Werke und man gelangt erst mit dem 25sten Jahr zum vollen Alter. So war es zu den Zeiten der Römer; so wird es noch jetzt seyn, einige Theile, namentlich Neapel und Sicilien ausgenommen; denn diese Länder begnügen sich mit 18 Jahren [4]).

In der That wird man den Zeitraum von 25 vollen Jahren für das Alter der Minderjährigkeit etwas lang finden. Es ergiebt sich ein Mißverhältniß zwischen der Minderjährigkeit und der Dauer des Lebens, selbst im glücklichsten Fall oder wenn dieses hoch kommt; und wenn man die Menschen, die in jedem Augenblick auf dieser alten Erde leben, in zwei Classen theilt, so wird die Zahl derer, welche unter 25 Jahren sind, die der übrigen ohne Zweifel übersteigen. Indessen bietet das römische Recht, welches den langen Zeitraum der Minderjährigkeit eingeführt hat, zugleich ein Mittel dar, wodurch er abgekürzt werden kann, wovon in der Folge die Rede seyn wird.

Nach römischem Recht ist das Alter von 25 Jahren aetas perfecta [5]), legitima [6]), robusta etc. Und jenach-

---

Napoleons Gesetzbuch mit dem vollendeten 21sten, die Fähigkeit zur Ehe beim Manne mit dem 18ten, beim Weibe mit dem 15. Jahre ein.

3) *Carpzov.* def. 9. nr. 2.

4) *Mevius* ad jus Lubecense lib. 1. tit. 7. art. 6. nr. 6. — 5) L. ult. C. de his, qui veniam aetatis.

6) L. 27. D. de negot. gestis. L. 1. D. de fidejussor. tut. L. 32. §. ult. D. de testam. tut.

dem jemand dieses Alter noch nicht erreicht oder überschritten hat, ist er minderjährig oder großjährig (minor sive major 25. annis). Unter Minderjährigen sind also alle Personen unter 25 Jahren zu verstehen, von welchem Alter sie seyn mögen, mündig oder unmündig; unter oder über sieben Jahren. Aber im engern Sinn werden diejenigen Minderjährige genannt, die bereits mündig sind, aber noch nicht volljährig [7]), die also in derjenigen Lebensperiode stehen, wovon jetzt hauptsächlich die Rede seyn soll.

Heineccius [8]) lehrt, das Alter von 25 Jahren sey bloß willkührlich angenommen und zuerst durch die Lex Lactoria eingeführt. Das äußerste Ziel des Lebens sey, nach römischem Recht, ein Alter von 100 Jahren [9]) und davon habe man das erste Viertel für das jugendliche Alter abgeschnitten, und diese Idee verdanke er seinem Collegen Gundling, der sie ihm mündlich mitgetheilt habe.

Reine Willkühr kann, wie ich schon erwähnt habe, in Fällen dieser Art, kann überhaupt bei Gesetzen nicht Statt finden; sondern es mußte doch ein Grund vorhanden seyn, weshalb die Lex Lactoria gerade das Alter von 25 Jahren zum Ziel annahm. Heineccius sucht ja selbst einen solchen Grund auf, den auch andere für ächt halten [10]), der aber wenig wahrscheinlich ist.

Man kann nicht einmal sagen, daß die Lex Lactoria die Jahre der Minderjährigkeit zuerst bestimmt habe, wie die Rechtsgelehrten [11]), unter Beziehung auf eine Stelle des

---

7) *Brisson* de verb. signif. sub. h. v.

8) ad *Vinn.* princ. J. de curat. n. 5

9) L. 56. D. de usufr.

10) *Bach* historia jur. rom. lib. 2. cap. 2. §. 26. nota. Glück Erl. der II. Theil 2. S. 225.

11) *Heineccius* historia jur. rom. §. 99. nota. *Bach.* c. l. lib. 2. cap. 2. §. 26.

Codex Theodosianus, behaupten [12]). Sie hat nur zuerst darauf Bedacht genommen, Personen unter diesem Alter gegen die Gefahren der Jugend auf gewisse Weise in Schutz zu nehmen; welches dann die Veranlassung gegeben haben mag, daß die Gesetzgebung, indem sie hierauf fortbauete, bei diesem Alter stehen blieb.

Der wahre Grund, weshalb das Alter von 25 Jahren in der Rechtssphäre Epoche macht, besteht darin, daß vor diesem Alter der Leib noch nicht ausgewachsen ist [13]); daß er noch nicht zu der vollen Stärke gelangt ist, welche ihm bestimmt ward; kurz, daß erst mit dem 25sten Jahre die Natur mit der Bildung des Menschen völlig zu Stande gekommen ist. Darum nahm man das Alter von 25 Jahren als den Punct an, wo das Ende der Jugend und der Anfang des männlichen Alters sich bewähren [14]). Von jetzt an hört, zugleich mit der natürlichen Ungleichheit, die Ungleichheit vor dem Gesetz auf, und wie die Natur den Menschen vollendet aus ihrer Hand entlassen hat, nimmt ihn auch das Gesetz

12) *L. 2. C. Theod. de donat.* Si quis in emancipatum minorem prius, quam fari possit, aut habere rei, quae sibi donatur, affectum, italicum sive stipendiarium fundum crediderit conferendum, omne jus compleat instrumentis et inductione corporaliter impleta. Quod propter attestationem fidei per eum servum, quem idoneum esse constiterit, transigi placuit, qui eo usque in statu suo permanebit, donec is, cujus facultatibus cesserit, annos Laetoriae legis egressus, legitimam compleverit aetatem, quo tunc demum, si ejus integritas ac fides fuerit comprobata, si ita sederit possidentibus, libertatis praemium consequatur.

13) Er wächset, wie auch die neuern Aerzte lehren, wenigstens nicht länger in die Höhe; Ploucquet a. a. O. S. 53.; manche, besonders Frauenzimmer, hören schon früher auf zu wachsen. Ploucquet a. a. O. S. 35.

14) Ploucquet lehrt, der eigentliche Anfang des männlichen Alters könne nicht genau bestimmt werden, und es sey kein Grund vorhanden, von dem durch die Gesetze bestimmten Termin abzugehen. Ploucquet a. a. O. S. 53.

nicht weiter in seinen besondern Schutz. Es überläßt ihn seinem Schicksal und heißt ihm, in Zukunft für sich selbst zu sorgen. Daher sagt Ulpian [15]): apparet, minoribus annis viginti quinque eum (sc. Praetorem) opem polliceri: nam *post hoc tempus compleri virilem vigorem constat.*

§. 10.

Rechtsverhältniß der Minderjährigen.

Das Rechtsverhältniß der Minderjährigen haben wir bereits für die beiden ersten Abschnitte des jugendlichen Alters, die Kindheit und Unmündigkeit, kennen gelernt; es ist also nur noch von denjenigen zu reden, die mündig zwar, doch noch nicht volljährig sind. Doch habe ich einen Theil dessen, was für diesen Abschnitt gehört, mir selbst bereits vorweg genommen; und es bleibt nur übrig, zu sagen, auf welche Art das Gesetz diejenigen, die es, nach erlangter Mündigkeit, für fähig erklärt, ihre Geschäfte zu besorgen und ihr Vermögen zu verwalten, gegen die Gefahren der Jugend, in Hinsicht auf ihr Vermögen, in Schutz nimmt.

Die Jugend ist bekanntlich leichtsinnig und unbesonnen; sie ist durch die Erfahrung noch nicht gewitzigt; noch nicht belehrt, wie sie den Kampf gegen andere zu bestehen und sich gegen die Bosheit der Menschen in Acht zu nehmen hat [1]).

In

---

15) L. 1. §. 2. D. de minoribus.

1) *L. 1. pr. D. de minor.* Hoc edictum Praetor naturalem aequitatem secutus proposuit: quo tutelam minorum suscepit: nam cum inter omnes constet, fragile esse et infirmum hujusmodi aetatium consilium et multis captionibus suppositum, multorum insidiis expositum: auxilium eis Praetor hoc edicto pollicitus est, et adversus captiones opitulationem.

In dieser Hinsicht wäre der Zeitraum der Minderjährigkeit selbst nicht lang genug, wenn das Leben nicht zu kurz wäre; eine Betrachtung, welche vielleicht mit dazu beigetragen hat, die Gesetzgeber mancher Länder zu bewegen, den Zeitraum der Minderjährigkeit abzukürzen.

Es kömmt aber das Gesetz dem Minderjährigen auf doppelte Art zu Hülfe. Einmal sorgt es durch die cura für diejenigen, welche mündig und von der väterlichen Gewalt frei sind; zweitens sorgt es für Minderjährige überhaupt durch das beneficium restitutionis in integrum. Von dem letztern werde ich im folgenden Paragraphen reden; für jetzt von der cura der Mündigen, die sui juris sind.

Wenn diese es begehren, und darum ansuchen, so erhalten sie, statt des bisherigen Beschützers, der ihrer Person vorstand, einen, der in Hinsicht auf ihre Vermögensverhältnisse für sie sorgt (einen Curator), der ihnen zu Hülfe kommt, dessen Einwilligung erforderlich ist, wenn sie Geschäfte vornehmen, welche sich auf Verwaltung ihres Vermögens beziehen, bei Veräußerungen oder wenn sie sich verbindlich machen. Wider ihren Willen wird ihnen, nach römischem Recht, kein Curator bestellt; soll ihnen einer bestellt werden, müssen sie selbst darum bitten. Ihre Lage kann sie freilich nöthigen, um einen Curator zu bitten, z. B. wenn sie klagen wollen; aber das Gesetz dringt ihnen keinen auf; es stellt sie nicht unter Curatel, wie es den Unmündigen unter Tutel setzt; nur, wenn Jemand sie verklagen will, erhalten sie auch wider ihren Willen, und bloß zu diesem Behuf — in litem — einen Curator. Deutlich spricht das römische Recht den Grundsatz aus: *Inviti adolescentes curatores non accipiunt*, praeterquam in litem [2]). Nur an die Hand legen, an-

2) §. 2. J. de curat. Womit zu verbinden L. 2 §. ult. D. qui

mahnen darf, ja muß der bisherige Tutor, bei Beendigung der Vormundschaft, seinen bisherigen Mündel, daß er sich einen Curator erbitte [3]). O, zarte Vereinigung von Sorge für den Unmündigen, mit der Schonung für seine Freiheit; o, zarte Achtung vor den Rechten der Menschen! Sobald jemand nur die Fähigkeit hat, sein Vermögen selbst zu verwalten, welche mit dem 14ten und beziehungsweise 12ten Jahre als vorhanden angenommen wird, darf ihn auch zu seinem Besten das Gesetz nicht daran hindern; es darf ihn, mit Einschränkung seiner Freiheit, nicht länger als unmündig behandeln, sollte auch, wegen seiner Jugend, zu besorgen seyn, daß er einen für sich nachtheiligen Gebrauch davon machen mögte. Die Nützlichkeit einer Maßregel muß vor der Gerechtigkeit verstummen. Ungerecht aber ist es, freie Menschen an der freien Verwaltung ihres Vermögens zu hindern [4]). Nur schade, daß selbst das römische Recht diesem Grundsatze nicht immer getreu geblieben.

Das römische Recht kennt also eine doppelte Art von Personen, die minderjährig und sui juris sind, nämlich Minderjährige ohne einen Curator, und solche, die mit einem Curator versehen sind. Die Geschäfte und Verträge, welche Minderjährige, die mit einem Curator versehen sind, ohne Einwilligung desselben schließen, sind ipso jure ungültig [5]). Doch nicht zu allen Geschäften bedürfen Minderjährige, die mit einem Curator versehen sind, der Einwilligung desselben. Wie schon ein Unmündiger ohne Einwilligung des Vormundes an-

pet. tut. Auch wenn der Schuldner Zahlung leisten will, kann er den minderjährigen Gläubiger nöthigen, daß er sich einen Curator bestellen lasse. L. 7. §. 2. D. de minor.

3) L. 5. §. 5. D. de adm. tut.

4) L. 2. D. si a parente quis manumiss.

5) L. 3. C. de in integr. rest. minorum.

dere gegen sich verbindlich machen und seine Lage verbessern kann, so gilt dies um so mehr von dem Mündigen [6]). Der Einwilligung des Curators bedarf es nur, wenn sie etwas von ihrem Vermögen veräußern, oder sich in Hinsicht auf ihr Vermögen gegen andere verbindlich machen, und auch dann nicht in allen Fällen. Zuvörderst ist hier Verlöbniß und Ehe zu erwähnen; dies sind keine Geschäfte, wozu es der Einwilligung eines Curators bedürfte. Verloben kann sich der Minderjährige auch ohne Einwilligung seines Curators, da sogar der Unmündige sich ohne Einwilligung des Vormundes verloben kann. Der Minderjährige, welcher mündig ist, kann ohne Einwilligung seines Curators sich in die Ehe begeben [7]). Ueberhaupt kann er Verträge schließen, welche seine Person betreffen. Er kann z. B. seine Dienste vermiethen; einen Auftrag zur Besorgung fremder Geschäfte übernehmen.

In diesem Sinne sagen die Ausleger sey es zu nehmen, wenn es L. 101. D. de verb. obl. heißt: *Puberes sine curatoribus suis possunt ex stipulatu obligari.* Nicht als ob ein Mündiger jedesmal, wenn er ohne seinen Curator verspricht, verbindlich würde, sondern es gebe Fälle, wo auch ohne Einwilligung seines Curators der Minderjährige

---

6) *L. 7. C. de contrah. et committ. stipul.* Neque tutoris, neque curatoris absentia quicquam stipulationi nocet, cum et foeminam minorem vigintiquinque annis absente curatore stipulari posse non ambigatur.

7) *L. 20. D. de ritu nupt.* Sciendum est, ad officium curatoris non pertinere, nubat pupilla an non, quia officium ejus in administratione negotiorum constat, et ita Severus et Antoninus rescripserunt in haec verba: Ad officium curatoris administratio pupillae pertinet, nubere autem pupilla suo arbitrio potest. *L. 8. C. de nuptiis.* In copulandis nuptiis, nec curatoris, qui solam rei familiaris sustinet administrationem, nec cognatorum vel adfinium ulla auctoritas potest intervenire: sed spectanda est ejus voluntas, de cujus conjunctione tractatur.

verbindlich werde. Dies sey unter den verschiedenen Erklärungen diejenige, welche am besten mit andern Stellen und namentlich mit L. 3. C. de in integr. restit. min. übereinstimme [8]). Allein, die Ausleger sind hier auf falscher Fährte. Die Stelle sagt das nicht, was sie darin gefunden haben; die Fassung der Stelle deutet auf eine uneingeschränkte Macht hin, sich verbindlich zu machen. Den Sinn der Stelle konnten sie nicht ergründen, weil er zu nahe liegt, und sie gewohnt sind, weit darnach zu suchen. Der Sinn ist nämlich, ein Mündiger kann sich ohne seinen Curator durch Stipulation verbindlich machen. Ein Geschäft dieser Art bedarf nicht, ja verschmäht die Einwilligung des Curators [9]). Gerade dies besagen die Worte, nicht mehr, nicht weniger. Wer nun die Stelle noch einmal lieset, wird sich wundern, daß er nicht gleich darauf verfallen. Wäre dies nicht die Meinung des römischen Rechts, wäre die Form gleichgültig, und ruhete der Nachdruck der Rede nicht auf den Worten: *ex stipulatu;* — so würde ich sagen, viel lieber, als daß ich den Worten Gewalt anthäte, ich würde sagen: Nach römischem Recht können Minderjährige, wiewohl sie mit einem Curator versehen sind, sich ohne Einwilligung desselben verbindlich machen; dies enthält L. 101. D. de verb. obl. sie können aber ohne Einwilligung desselben ihre Güter nicht veräußern; dies L. 3. C. de in int. rest. min.

Auch zur Antretung einer Erbschaft bedarf der mit einem Curator versehene Minderjährige nicht der Einwilligung desselben [10]). Er kann auch eine Erbschaft restituiren, sogar an

8) S. Weber von der natürlichen Verbindlichkeit. §. 72. Höpfner Com. über die Instit. §. 737. Note 1.

9) *Cujac.* opera omnia tom. 9. p. 1258.

10) Höpfner, ein kenntnißreicher und verdienter Schriftsteller,

den Curator selbst [11]), weil er dadurch nicht sein eigenes veräußert, sondern des ihm anvertrauten fremden Vermögens, der Vorschrift gemäß, sich entäußert [12]). Es scheint, daß er auch auf selbstständige Art ein Gewerbe, namentlich Schiffsrhederei, treiben (navem exercere) könne, denn nur dem Pupillen wird diese Macht abgesprochen [13]). Er kann auch entgegennehmen, was der Schuldner ihm oder seinem Vater schuldig ist; denn er wird restituirt, wenn er das Geld durchgebracht hat (perdidit); woraus folgt, daß die Handlung an und für sich gültig ist; nur hat der Schuldner nicht nöthig, ihm ohne Curator zu zahlen [14]); denn in diesem Fall, wenn er mit Einwilligung eines Curators Zahlung empfing, wird er, wie es scheint, nicht restituirt. Hat der Schuldner dem Curator Zahlung geleistet, dann ist eine Restitution möglich [15]). Nach einer Verordnung Justinians [16])

---

den die neue Zeit nicht immer billig beurtheilt, hat dies richtig bemerkt; s. dessen Com. über die Instit. §. 737. Note 1. aber nicht bewiesen. Den Beweis enthält die *L.* 17. §. 1. *D. de appell. et relat.* Tutor pupillo datus si provocet, interim pupillo curator dabitur. Sed si tutoris auctoritas fuerit necessaria, veluti ad adeundam hereditatem: tutor ei necessario dabitur: quoniam curatoris auctoritas ad hoc inutilis est.

11) *L.* 1. §. 13. *et* 14. *D. ad Sctum Trebell.* Fuit quaesitum, si ipsi tutori rogatus sit restituere pupillus, an ipso auctore restitutionem facere possit, et est decretum a Divo Severo non posse tutori se auctore restituere hereditatem: quia in rem suam auctor esse non potest. §. 14. Curatori tamen adolescentis ab adolescente poterit restitui hereditas, quoniam necessaria non est auctoritas ad restitutionem.

12) *Cujac.* opera. tom. 9. p. 1260.

13) *L.* 1. §. 16. *D. de exercit. act.* Parui autem refert, qui exercet, masculus sit an mulier: paterfamilias an filiusfamilias, vel servus; pupillus autem si navem exercet, exigemus tutoris auctoritatem. *Cujac.* opera. tom. 9. p. 1259.

14) L. 7. §. 2. D. de minor.

15) L. 1. C. si adv. solut.

16) L. 25. C. de administr tut. vel curat.

sollen die Schuldner zwar an den Tutor und Curator Zahlung leisten dürfen, doch muß, wenn von Kapitalzahlungen die Rede ist, ein decretum judicis vorhergehen, welches die Zahlung erlaubt, und nur unter dieser Bedingung erlangt der Schuldner gegen weitere Ansprüche völlige Sicherheit. Die Rechtsgelehrten pflegen beide Fälle unter einander zu werfen, und sie auf gleichem Fuß zu behandeln; mir scheint es, daß sie, den Gesetzen zufolge, zu unterscheiden sind. Die Stellen des Codex gehen gar auf solche Fälle nicht, da dem Minderjährigen unmittelbar Zahlung geleistet ist; für diese gilt die Lehre Ulpians (in der L. 7. §. 2. de minor.). Der Gebrauch hat sich übrigens über Justinians Verordnung hinweg gesetzt, und ein decretum judicis ist zur völligen Sicherheit des Schuldners nicht weiter nöthig [17]). Im Uebrigen bleibt es dabei, daß sie nur ihr Vermögen nicht verwalten, nichts von ihrem eigenen Vermögen veräußern, und sich in Hinsicht auf ihr Vermögen im Allgemeinen nicht verbindlich machen können. Und wenn sie daher ohne ihren Curator zweiseitige Geschäfte der angeführten Art schließen, so sind diese nur für die Mitcontrahenten verbindlich, und gehören also zu denjenigen Geschäften, welche die Rechtsgelehrten hinkende oder negotia claudicantia nennen, eben so wie die zweiseitigen Geschäfte der Unmündigen.

In denjenigen Fällen, wo es der Einwilligung des Curators bedarf, ergänzt sie nicht mehr einen Willen, der in diesem Alter nicht mehr unvollkommen ist, wie die auctoritas tutoris den mangelhaften Willen des Unmündigen ergänzt; sondern sie dient dazu, daß der Minderjährige, durch die Erfahrung des Aeltern unterstützt, keinen Schaden an seinem

---

17) *Voet* ad tit. Dig. de minoribus. §. 22.

Vermögen erleide. Eine natürliche Verbindlichkeit liegt in dergleichen Fällen dem Minderjährigen, der sich ohne seinen Curator verbindlich machte, wie dem Unmündigen, der ohne Vormund versprach, ob, nur daß sie in Hinsicht auf ihn selbst, wie bei dem Unmündigen, ohne alle Wirkung ist [18]).

§. 11.
Beneficium aetatis.

Was Minderjährige, die mit einem Curator versehen sind, vornehmen, ist, nach römischem Rechte, stricto jure alles gültig, außer wenn sie Grundstücke veräußern [1]); — denn in diesem Falle ist ohne Unterschied ein decretum judicis erforderlich, der Minderjährige mag mit einem Curator versehen seyn oder nicht [2]); — indessen kann der Minderjährige, wenn er dadurch verletzt ist, ex capite minorennitatis Restitution dagegen nachsuchen.

Den ersten Ursprung nahm die restitutio in integrum durch die Lex Laetoria, welche sich überhaupt des jugendlichen Alters annahm und unter andern wollte, daß Minderjährige, die von andern betrogen worden, die sich ihre Schwäche zu nutze gemacht hatten, in den vorigen Zustand zurück versetzt werden sollten [3]). Besser sorgte der Prätor für sie, indem er allen denen Hülfe versprach, die wegen ihrer jungen Jahre im Verkehr mit andern beschädigt worden [4]).

Durch dieses von den Gesetzen sogenannte beneficium *aetatis* ist für Minderjährige überhaupt gesorgt; denn es steht allen Minderjährigen zu, sie mögen mit einem Vormunde versehen seyn oder nicht; es steht ihnen zu, wenn sie unter dem

18) Weber von der natürlichen Verbindlichkeit. §. 72. S. 288. 289.

1) L. 15. et 16. C. de praediis et aliis rebus min.

2) *Perez* ad h. tit. C. n. 6.

3) *Cicero* de officiis III. 15.

4) L. 1. pr. et §. 1. et 9. D. de minor.

Beistande des Vormundes gehandelt haben [5]); es steht ihnen zu, wenn der Vormund ohne sie gehandelt hat [6]); es steht ihnen zu ohne Unterschied des Alters, dem Mündigen, wie dem Unmündigen [7]), sogar dem Empfangenen noch Ungebornen [8]); dem Hauskinde, wie dem, der sui juris ist [9]). Es ist aber nicht genug, daß Jemand minderjährig ist und ein Geschäft geschlossen, um auf die Wohlthat der Restitution Ansprache machen zu können, sondern er muß Schaden gelitten haben [10]). Daß dies durch bösen Vorsatz anderer geschehen sey, ist nicht nöthig [11]). Nach Ulpian werden Minderjährige in allen Fällen in den vorigen Stand gesetzt, da sie von ihrem erworbenen Vermögen etwas eingebüßt, oder einen Erwerb, wodurch sie es vermehrt haben würden, zu machen versäumt oder sich einer Last unterzogen haben, der sich zu unterziehen, sie nicht nöthig hatten [12]). Ueberhaupt, wenn ihnen daran gelegen ist, um Schaden oder Verlust oder Unlust, womit sie bedroht werden, von sich zu entfernen [13]). Daß er durch das Geschäft verletzt sey, Nachtheil oder Schaden davon habe, muß der Minderjährige beweisen [14]), falls dies nicht von selbst klar ist, wie, wenn er sich verbürgt, etwas verschenkt hat [15]). Sie werden restituirt z. B. gegen Ver-

---

5) L. 4. C. si adv. rem. jud.

6) L. 3. C. si tutor vel curat.

7) L. 49. D. de minor.

8) L. 45. pr. D. de minor.

9) L. 3. §. 4. D. de minor.

10) L. 9. §. 4. D. de jurejur.

11) L. 5 C. de in int. rest min.

12) L. 44. D. de minor.

13) L. 6. D. de minor.

14) *L. 5. C. de in integr. rest minor.* Minoribus in integrum restitutio, in quibus se captos probare possunt; etsi dolus adversarii non probetur, competit. Ante impletum etiam quintum et vicesimum annum, de his, in quibus se captos existimant minores, posse in integrum restitutionem implorare, certissimi juris est.

15) L. 7. pr. D. de donat. *Voet* ad Dig. tit. de min. §. 13.

gleiche [16]); wenn sie einen Eid zugeschoben haben [17]); wenn sie zu ihrem Schaden in die Verwandlung der Verbindlichkeit eingewilligt, z. B. statt des bisherigen sichern Schuldners, einen unvermögenden Schuldner angenommen haben [18]); wenn sie eine Erbschaft oder Vermächtniß ausgeschlagen [19]); oder eine schädliche Erbschaft oder Vermächtniß angetreten oder angenommen haben [20]).

Ob gegen Verlöbnisse eine Restitution möglich sey? In einer eigenen Abhandlung hat J. H. Böhmer die Gründe für und wider sorgfältig abgewogen, und die Frage gegen die gemeine Meinung bejaht [21]). In der That ist hier nicht nur eine Restitution zulässig, sondern unter allen Geschäften und Verträgen, wogegen Minderjährige Schutz suchen können, müßten Verlöbnisse billig oben an stehen; nicht nur, weil sie unter allen die wichtigsten sind und das Glück des ganzen Lebens dabei auf dem Spiel steht, sondern weil gerade ihr Alter und ihre Unerfahrenheit, unter Mitwirkung des Naturtriebes, die Minderjährigen, beiden Geschlechts, ganz besonders der Gefahr aussetzt, leichtsinnige Verbindungen dieser Art, zu ihrem Verderben, einzugehen. Im römischen Recht kommt freilich davon nichts vor; allein, bei den Römern bedurften Minderjährige auch nicht der Restitution, um sich von Verlöbnissen frei zu machen. Hätten sie ihrer bedurft, so würde sie ihnen ohne allen Zweifel beigelegt seyn [22]). Es ist kei-

---

16) L. 1. et 2. C. si adv. transact.

17) L. 9. §. 4. D. de jurejur.

18) L. 27. §. 3. D. de minor. L. 40. D. eod.

19) L. 7. §. 6. seq. L. 24. §. 2. D. de minor.

20) L. 7. §. 9. D. de minorib. L. 33. D. eod.

21) *J. H. Boehmer* de restitutione in integrum contra sponsalia. (Ex. ad Π. tom. 2. ex. 34.)

22) Illud, bemerkt J. H. Böhmer c. l. §. 6. (sc. jus civile) re-

nesweges die Meinung des römischen Rechts, daß Minderjährige bloß gegen einen Schaden, den sie an ihrem Vermögen leiden, geschützt oder davor bewahrt werden sollen, sondern auch sonstige Nachtheile begründen die Wohlthat der Restitution, wie aus L. 6. D. de minor. deutlich erhellet.

Auch selbst, wenn sie vor Gericht, im Proceß beschädigt sind, haben sie Anspruch auf das beneficium restitutionis in integrum [23]), z. B. wenn Fehler im Proceß vorgegangen, Einreden nicht vorgeschützt sind, Beweise zu gebrauchen, Rechtsmittel in Anwendung zu bringen, versäumt ist, der Advocat sie verrathen hat [24]) u. s. w.

Die Voraussetzung ist in allen Fällen, daß sie wegen Unfähigkeit sich selbst zu helfen, wegen Leichtsinns, Unbesonnenheit, Mangels an Erfahrung, kurz wegen *ihres Alters* — per infirmitatem aetatis — zu Schaden gekommen sind oder zu ihrem Schaden gehandelt haben. Daher hilft das Gesetz denen, welche betrogen oder übervortheilt sind, nicht aber denen, welche betrügen oder in dolo sind — welches letztere voraussetzt, daß sie in dem Alter sind, daß sie eines doli fähig, also pubertati proximi oder mündig sind [25]). — *Das Gesetz erbarmt sich nicht der Jünglinge, sondern der Jugend; es nimmt die Jugend gegen das Alter in Schutz*; hilft denen und schützt die, welche sich selbst nicht helfen und nicht schützen können, und wendet Scha-

---

stitutionem in integrum minoribus contra sponsalia eo minus denegasset, si illam iisdem necessariam esse credidisset, quo magis illa praejudicia, quibus hodie orbis fascinatus est, ignorat penitus.

23) *L. 7. §. 4. D. de minor.* Sed et in judiciis subvenitur: sive dum agit, sive dum convenitur, captus sit.

24) L. 7. §. 11. L. 18. §. 1. D. de minor.

25) L. 9. §. 2. D. de minor. L. 1. C. si adv. delictum. tit. C. si minor se majorem dix.

den und Nachtheil von ihnen ab; sie sollen sich weder selbst schaden, noch durch die Fehler oder Vergehungen Anderer beschädigt werden dürfen; sie sollen gegen sich und gegen andere, selbst gegen ihre Beschützer, geschützt werden. Daher kommt es nicht auf das Alter an; darum kommt das beneficium selbst dem Embryo einst zu gute; darum wird durch das Gesetz in Schutz genommen derjenige so gut, welcher unter dem Schutz eines Vormundes steht, wie, wer keinen hat; darum wird geschützt eben sowohl, wer durch seinen Vormund den Schaden gelitten, als wer ohne oder mit dem Vormund selbst gehandelt hat. Man wird es ohne diese Betrachtung seltsam finden, wie einer, der mit einem Vormunde versehen war, auf das beneficium aetatis Ansprache machen könne. Aber er, der sich selbst nicht helfen kann, und der, wenn er handelt, nicht selbstständig handelt, soll durch seine hülflose Lage und durch die Schuld Anderer nicht leiden. Das, denke ich, ist die wahre Meinung, der eigentliche Geist des römischen Rechts.

Man kann den Hauptinhalt der römischen Gesetze in diese wenigen Worte zusammendrängen: Alles, was unter 25 Jahren ist, wird auf sein Begehren gegen jeden Nachtheil in Schutz genommen, und ihm der vorige Zustand wieder hergestellt, wenn dieser Nachtheil in seiner Lage, in seinen jungen Jahren seinen Grund hat, mag er durch eigene oder fremde Schuld oder ohne Schuld herbeigeführt seyn. Dabei begünstigt das römische Recht den Minderjährigen vor allen andern. Ihm muß der Haussohn [26]), ihm sogar der Fiscus nachstehen [27]) und auch die Frau, die sich verbürgt hat, be-

26) L. 11. §. 7. D. de minor.

27) L. 1. 2. C. si adv. fiscum.

ruft sich am Ende vergebens auf das Senatusconsultum Vellejanum, und muß dem Minderjährigen weichen [28]).

§. 12.

Der Minderjährige in der Sphäre des Criminalrechts.

Die Unmündigkeit, wo sie auch nicht alle Strafbarkeit ausschließt, ist wenigstens, der Regel nach, ein Grund, sie herabzusetzen [1]). Allein, ob auch bei Minderjährigen, die nicht mehr unmündig sind, wenn sie ein Verbrechen begangen haben, auf ihre Jahre Rücksicht zu nehmen und die Strafe wegen ihrer Jugend zu mildern sey, ist sehr zweifelhaft. Die Gesetze drücken sich darüber schwankend und unbestimmt aus und die Criminalisten streiten darüber.

Soviel sieht man, nicht in allen Fällen ist die Minderjährigkeit ein Milderungsgrund, sondern nur bisweilen [2]). Gewöhnlich nimmt man an, daß auf das minderjährige Alter bei Begehung solcher Verbrechen, die in einer culpa des Minderjährigen ihren Grund haben, Rücksicht zu nehmen sey. Dies ist auch der L. 1. C. si adv. delictum gemäß. Hat der Minderjährige aber mit Vorsatz ein Verbrechen begangen, so kommt ihm die Minderjährigkeit nicht zu Statten; es sey denn, daß das Verbrechen im Leichtsinn, Jugendhitze und andern Fehlern der Jugend seinen Grund hat. Unter dieser Voraussetzung kann die Jugend in Betracht kommen, selbst

---

28) *L.* 12. *D. de minor.* Si apud minorem mulier pro alio intercesserit, non est ei actio in mulierem danda, sed perinde, atque ceteri, per exceptionem summoveri debet: scilicet quia communi jure in priorem debitorem ei actio restituitur. haec, si solvendo sit prior debitor: alioquin mulier non utetur Senatusconsulti auxilio.

1) Art. 164. der Carolina.

2) *L.* 37. §. 1. *D. de minor.* — nisi quatenus interdum miseratio aetatis ad mediocrem poenam judicem perduxerit.

bei poenis legitimis und selbst bei delictis atrocioribus, bei diesen aber weniger oder schwerer [3]). Von selbst versteht es sich hiebei, daß auf das Alter des minor, nämlich wie nahe er den beiden Endpuncten, dem 14ten oder 25sten Jahre, steht, Rücksicht zu nehmen sey [4]).

§. 13.

Berechnung der Zeit beim jugendlichen Alter.

Nach römischem Recht ist das einzelne Jahr, mithin auch eine Reihe von Jahren, bürgerlich zu berechnen, d. h. nicht von Augenblick zu Augenblick, sondern von (Calender) Tagen zu (Calender) Tagen, und zwar, um uns gleich Anfangs auf den rechten Standpunct zu stellen, dergestalt, daß der erste gleich für voll gerechnet wird — wenn auch nicht im ersten Augenblick des Tages die Begebenheit sich zutrug, womit die Rechnung anfängt, sondern im Laufe desselben — und beim letzten die Regel Anwendung findet: dies ultimus coeptus habetur pro completo. Das ganze Geheimniß oder vielmehr der Fehler, welcher gemacht hat, daß die Rechtsgelehrten sich in diese Berechnungsart nicht haben finden können, scheint darin zu liegen, daß wir immer nur am Ende etwas zusetzen, während doch schon im Anfange nöthigenfalls auch etwas hinzugesetzt werden muß, weil überhaupt nur die Tage in Rechnung kommen, eine ängstliche Rechnung nach Minuten nicht Statt finden soll. Bei der natürlichen Rechnung wird nichts hinzugesetzt, nichts geschenkt; da kommt es genau auf Stunden und Minuten an, und die Zeit will ihr volles Recht haben; aber bei der bürgerli-

---

3) L. 37. §. 1. D. de minor. | Kleinschrod Grundbegriffe I. Thl. §. 88.

4) *Leyser* Spec. 532. med. 2.

chen [1]) nimmt man es nicht so genau; es wird bloß auf Tage gesehen und zwar, gleichwie der letzte schon im ersten Augenblick, da er anfing, im Rechtssinne als beendigt anzusehen ist, also ist auch der erste zu verlängern, in der Art, daß zu welcher Zeit des Tages die Begebenheit — z. B. das Leben — ihren Anfang nahm, sie mit dem vollen Tage als angefangen zu betrachten ist. Und diese bürgerliche Rechnung scheint eben bei einer Berechnung nach Jahren die Regel auszumachen, so daß die natürliche a momento ad momentum nur ausnahmsweise da Statt findet, wo im römischen Recht dies aus besondern Gründen besonders verordnet ist [2]). Wie konnte sonst auch bei der Verjährung (der erwerbenden) diese Berechnungsart Statt finden [3]).

---

1) Bürgerlich heißt, was Billigkeit, Nachsicht, die man haben muß u. s. w. mit sich bringt. L. 78. §. 2. D. de jure dot.

2) *L.* 134. *D. de verb. signif.* Anniculus non statim ut natus est, sed trecentesimo sexagesimo quinto die dicitur, incipiente plane, non exacto die, *quia annum civiliter, non ad momenta temporum, sed ad dies numeramus.* Diese Stelle verstehe ich so: das Geburts-Jahr wird nicht sogleich, da es anfing als vollendet angesehen, gleichwie dies bei Tagen des Jahres der Fall ist, sondern es endigt sich mit dem 365sten Tage, wohlgemerkt, nicht vom Augenblick der Geburt, sondern vom Anfang des Tages, da jemand geboren ward, gerechnet, und auch der letzte Tag braucht nur angefangen, nicht beendigt zu seyn, um das Jahr voll zu machen.

3) *L.* 15. *pr. D. de div. temp. praescr.* In usucapione ita servatur, ut etiam si minimo momento novissimi diei possessa sit res, nihilominus repleatur usucapio, nec totus dies exigitur ad explendum constitutum tempus. — *L.* 6. *D. de usurpat. et usucap.* In usucapionibus non a momento ad momentum, sed totum postremum diem computamus. *L.* 7. *eod.* Ideoque, qui hora sexta diei Kalendarum Januariarum possidere coepit, hora sexta noctis pridie Kal. Januarias implet usucapionem. Unter dieser Nacht ist die Nacht vom 30. auf den 31. Dezember zu verstehen. In der Mitte dieser Nacht mit der 12ten Stunde ist die Verjährung vollendet. — Koch Belehrungen über Mündigkeit zum testiren S. 89. und 90. Hingegen bei der erlöschenden Verjährung der Klagen findet die na-

Wenn also die Frage entsteht, wie bald Jemand Ein Jahr alt sey; nach der natürlichen Rechnung, wenn dreihundert fünf und sechzig Tage seit dem Augenblick seiner Geburt verstrichen sind; also z. B. vom 1. Januar Morgens 9 Uhr 1826 bis dahin 1827; nach der bürgerlichen Rechnung, sobald in der vorletzten Nacht vor seinem Geburtstage Mitternacht vorüber ist, und folglich der letzte bürgerliche Tag des ersten Lebensjahres angefangen hat. Denn der bürgerliche Tag geht bekanntlich mit der Mitternacht an und endigt in der folgenden Mitternacht [4]). Nach dieser Rechnung geht es nun von Jahr zu Jahr, und insonderheit ist nach diesen Grundsätzen die Frage zu entscheiden, wiebald Jemand mündig wird und ein Testament machen kann, so daß ihn sein Alter nicht mehr daran hindert. Darüber belehrt uns Ulpian in einer berühmten Stelle, die den Auslegern so viel Mühe gemacht hat. Ulpian hebt mit der Bemerkung an, mündig ist Jemand, sobald er das 12te oder 14te Lebensjahr erfüllt hat; daß er es überschritten habe, ist nicht nöthig. Da die Zeit nicht einen Augenblick still steht, so hat dieser Satz keinen Werth und keine Bedeutung, als in Verbindung mit dem andern, den Ulpian nicht ausspricht, sondern voraussetzt und anwendet, daß beim Alter die Zeit civiliter berechnet wird. Wenn Jemand am 1. Januar geboren ist, sagt Ulpian, kann er an seinem Geburtstage im vierzehnten Jahre, also noch vor der Geburtsstunde (nachher, versteht sich's freilich von selbst) ein Testament machen. Ja, setzt er hinzu, er kann es schon in der Nacht vom 30sten auf den 31sten Dezember gleich nach Mitternacht, sobald der

---

türliche Zeitrechnung von Augenblick zu Augenblick Statt. L. 6. D. de obl. et act. — 4) L. 8. D. de feriis.

letzte Calendertag seines 14ten Lebensjahres angefangen hat. *L. 5. D. qui testam. facere possunt.*

A qua aetate testamentum vel masculi vel foeminae facere possunt, videamus. Verius est in masculis quidem quartum decimum annum spectandum, in foeminis vero duodecimum completum. Utrum autem excessisse debeat quis quartum decimum annum, ut testamentum facere possit: an sufficit, complesse? Propone aliquem Kalendis Januariis natum, testamentum *ipso natali suo* fecisse *quarto decimo anno:* an valeat testamentum? Dico valere. Plus arbitror, etiam si *pridie Kalendarum* fecerit *post sextam horam noctis,* valere testamentum: jam enim complesse videtur annum quartum decimum, ut Marciano videtur [5]).

Von der Regel (die ich nämlich dafür ansehe) daß die Jahre, und mithin auch das Alter der Menschen, bürgerlich zu berechnen, findet eine Ausnahme Statt, wenn die Rede davon ist, daß ein Minderjähriger wegen seines Alters in den vorigen Zustand zurückversetzt werden will, und es ihm also vortheilhaft ist, minderjährig zu seyn. In Fällen dieser Art wird die Zeit auf natürliche Art berechnet, von Augenblick zu Augenblick [6]).

§. 14.

---

5) Auf den richtigen Sinn dieser Stelle hat zuerst geführt Koch Belehrungen über die Mündigkeit zum Testiren. Giessen 1796, imgl. dessen bonorum possessio S. 458. ff. Richtig erklärt hat die Stelle Hagemeister über die Mündigkeit zum Testiren (Hugo's civil. Magazin, Bd. 3. S. 1. folg.). Auch Höpfner hat im ganzen richtig gerechnet. Com. über die Instit. §. 62. Not. 8.

6) L. 3. §. 3. D. de minor. *Voet* ad tit. D. de minor. §. 1. Koch Belehrungen über die Mündigkeit zum Testiren S. 20. Glück Erl. der II. Thl. 5. §. 457. S. 541.

§. 14.

Venia aetatis.

Der Ausdruck scheint überhaupt zu bezeichnen Begünstigung, die sich auf das Alter bezieht. Daher braucht ihn Ulpian für das beneficium restitutionis in integrum [1]). Gewöhnlich wird darunter verstanden die von der höchsten Gewalt im Staat ausgehende Erklärung, das Jemand, der noch minderjährig ist, als volljährig angesehen und behandelt werden soll. Es ist dies eine Ausnahme vom Gesetz zum Besten eines Einzelnen, also ein Privilegium, was nur derjenige ertheilen kann, welchem die Macht zusteht, Gesetze zu geben und vom Gesetz auszunehmen. Das in der Natur noch nicht volle Alter wird hier im Rechtsgebiet, durch ein besonderes beneficium, voll gemacht [2]). Dies minderjährige Individuum gelangt früher, wie andere, man kann nicht gerade sagen, zu dem gesetzlichen, denn dies wird gerade bei Seite geschoben, wohl aber zu dem in der Rechtssphäre erforderlichen vollkommenen Alter.

Nach römischem Recht soll die venia aetatis nicht anders ertheilt werden, als wenn der Minderjährige wenigstens das 20ste, die Minderjährige wenigstens das 18te Jahr zurückgelegt hat [3]). Es kann indessen keinen Zweifel leiden, daß unsere Fürsten auch schon früher veniam aetatis ertheilen können. Sie können ja vom Gesetz Ausnahmen machen zu Gunsten Einzelner, warum also nicht auch von diesem, und eine solche Ausnahme würde eben dadurch gemacht seyn, daß der Fürst einen jüngern Minderjährigen für volljährig erklärte.

---

1) L. 20. D. de minor.
2) L. 4. C. de his, qui veniam aetatis impetraverunt. — 3) L. 2. C. eodem.

Unsere Fürsten pflegen aber die venia aetatis dem Minderjährigen nicht anders zu ertheilen, als wenn er

1) hinlängliche Gründe anführt, weshalb er vor der Zeit volljährig seyn will;
2) Zeugnisse seines Wohlverhaltens und seiner Fähigkeit zur eigenen Verwaltung seines Vermögens beibringt [4]).

Das Erstere wird ohne Zweifel auch bei den Römern also geschehen seyn; das Letztere ist, zum Theil wenigstens, auch nach römischem Recht erforderlich [5]).

Die Wirkungen der venia aetatis bestehen darin, der Minderjährige wird frei von der Vormundschaft und erlangt die Fähigkeit, sein Vermögen ohne Einschränkung zu verwalten. Außerdem hat die venia aetatis eine andere wichtige Wirkung, deren das römische Recht nur allein gedenkt; dem Minderjährigen, welcher für volljährig erklärt ist, kommt das beneficium restitutionis in integrum nicht weiter zu Statten [6]). Die Glossographen konnten den einfachen Satz nicht ohne Anmerkungen vorbeilassen: ihre Weisheit setzte also hinzu, Minderjährige könnten doch eben gegen die *venia aetatis* restituirt werden [7]). Ein herrlicher Einfall! das Gesetz sagt ausdrücklich, wer veniam aetatis erlangt hat, wird nicht restituirt, und die Glossographen sagen, er wird restituirt, und zwar sogleich schon gegen die venia aetatis selbst; — wodurch denn der ganze Rechtssatz umgestoßen wird, indem mit der Ursache auch die Wirkungen wegfallen müssen.

---

4) Glück Erl. der П. 2. Theil. S. 226.

5) L. 2. C. eod.

6) *L.* 1. *C. eod.* Eos, qui veniam aetatis a principali clementia impetraverunt, etiam si minus idonee rem suam administrare videantur, in integrum restitutionis auxilium impetrare non posse, manifestissimum est: ne hi, qui cum eis contrahunt, principali auctoritate circumscripti esse videantur.

7) Glossa ad L. 1. C. de his, qui ven. act.

Da ein Minderjähriger nach römischem Recht einer Curatel nicht wider seinen Willen unterworfen wird, so kann das Vortheilhafte, was für ihn in der venia aetatis enthalten ist, nach meinem Ermessen nur in folgenden Stücken liegen:

1) daß er in Fällen, da er durch die Umstände genöthigt seyn würde, um einen Curator zu bitten, oder da ihm ausnahmsweise wider seinen Willen ein solcher bestellt wird, keinen Curator nöthig hat;

2) daß die Curatel aufhört, wenn er bisher darunter stand;

3) daß andere an seiner Minderjährigkeit keinen Anstoß nehmen, und sich durch seine Minderjährigkeit nicht weiter abhalten lassen, mit ihm Geschäfte zu schließen, weil die Besorgniß, er möge das Geschäft unter Berufung auf sein Alter anfechten, wegfällt.

Nach deutschem Recht ist die venia aetatis noch vortheilhafter, wie nach römischem; weil bekanntlich auch solche Minderjährige, die nicht mehr unmündig sind, wider ihren Willen unter Vormundschaft stehen. In Deutschland hat sie also überhaupt die Wirkung, daß sie von der Vormundschaft frei macht.

Die Wirkungen, welche die venia aetatis nicht hat, obgleich sie ihr, nach dem Grundsatz, daß durch die venia aetatis, zum Besten eines Individui, eine Ausnahme vom Gesetz gemacht wird, ihm Jahre zugelegt werden, die es nicht hat, und es schon vor der Zeit volljährig wird, zukommen würden, sind, wenn nicht wichtiger, doch zahreicher, als die aufgezählten. Denn

1) zu solchen Geschäften, die ein Minderjähriger nicht einmal mit Zuziehung eines Vormundes vornehmen kann, näm-

lich zu Veräußerungen unbeweglicher Güter, wird er nicht mächtig. So wenig Minderjährige, die mit keinem Curator versehen sind, dergleichen Güter nach eigener Willkühr veräußern können, eben so wenig kann dies ein Minderjähriger, welcher für volljährig erklärt ist. In dieser Hinsicht bleibt er dem Minderjährigen gleich, und es ist bei ihm, wie bei andern Minderjährigen, erforderlich, daß ein decretum judicis die Veräußerung erlaubt, nachdem die Nothwendigkeit dieser Maßregel durch angestellte Untersuchung gehörig ausgemittelt ist [8]). Er bleibt

2) minderjährig, wie die Rechtsgelehrten lehren, wenn von Verwaltung einer Vormundschaft oder eines andern öffentlichen Amtes, wozu, den Gesetzen zufolge, volles Alter erforderlich ist, die Rede ist [9]). Er bleibt

3) minderjährig, wenn von Verträgen oder einseitigen Verfügungen die Rede ist, wornach etwas geschehen oder gegeben werden soll und die auf den Zeitpunct seines gesetzlichen oder vollen Alters gestellt sind. Die Auslegung ist hier nach dem natürlichen Alter zu machen, nicht nach dem künstlichen [10]), woran nämlich derjenige wahrscheinlich nicht gedacht hat, von dem die Disposition herrührt.

Dies also ist die venia aetatis. Ein vortreffliches Mittel, wenn es nicht gemißbraucht, sondern der Absicht des Ge-

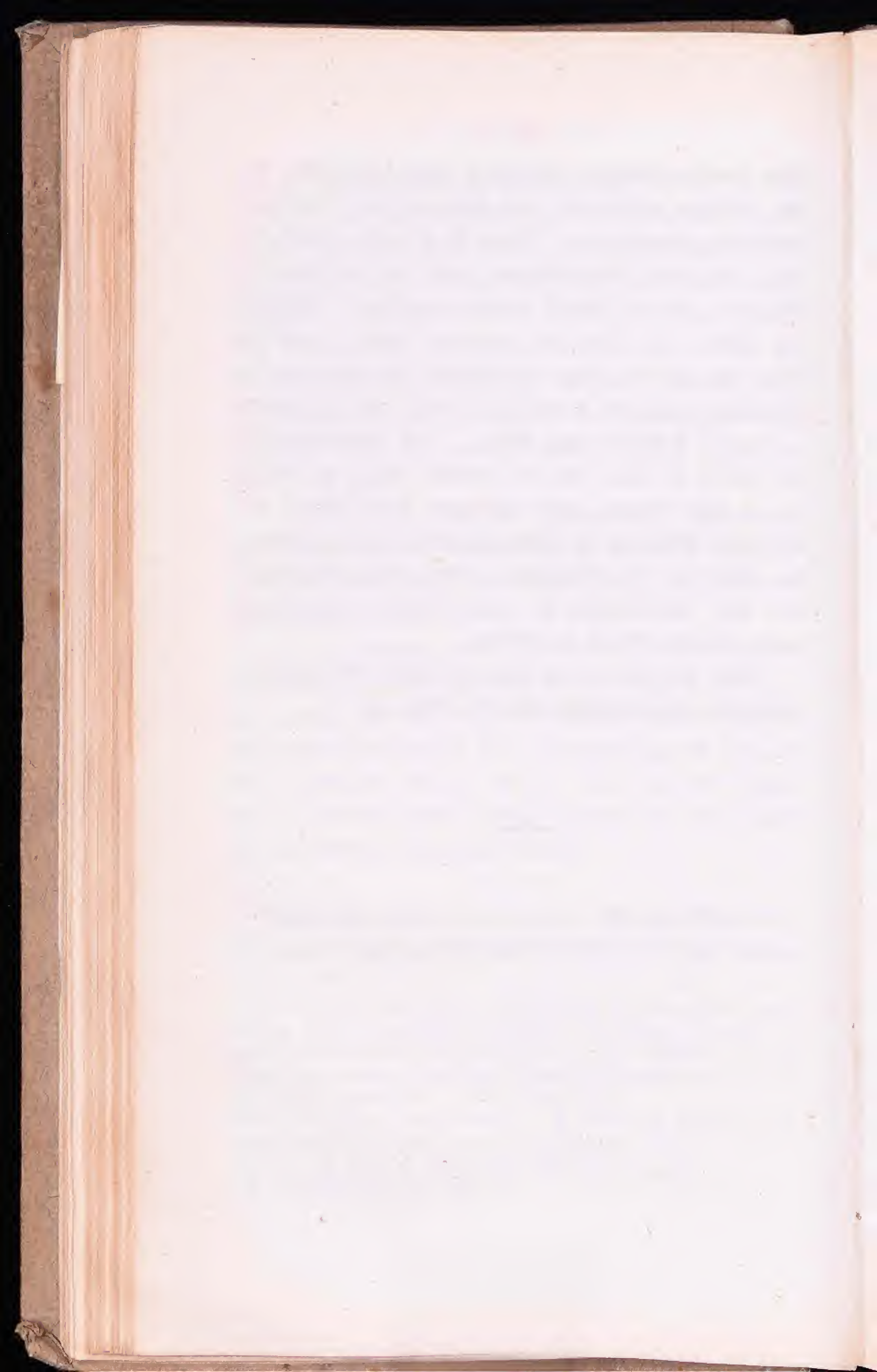
8) *L. 3. C. eod.* Eos, qui veniam aetatis a principali clementia impetraverunt vel impetraverint, non solum alienationem, sed etiam hypothecam minime posse sine decreti interpositione rerum suarum immobilium facere jubemus, in quarum alienatione vel hypotheca decretum illis necessarium est, qui needum veniam aetatis meruerunt: ut similis sit in ea parte conditio minorum omnium, sive petita sit, sive non, aetatis venia.

9) Glück Erl. der II. 2. Theil. S. 227. 228.

10) L. 4. C. eod.

setzes gemäß angewandt, nicht jedem gegen die Gebühr, nur dem Würdigen ertheilt wird, das Gesetz nach den Individuen zweckmäßig einzuschränken. Durch sie ist dafür gesorgt, die lange Dauer der Minderjährigkeit, nach den Umständen des Einzelnen, auf den Wunsch desselben abzukürzen. Während das Gesetz — die Regel des gemeinen Rechts — auf das Ganze sieht und die Natur der Menschen im Allgemeinen in Betrachtung zieht, sieht in der venia aetatis das Privilegium — oder die Ausnahme vom Gesetz — das Individuum an, und schränkt die Regel nach der besondern Natur des Einzelnen, zu dessen Gunsten, daher nicht wider seinen Willen, ein. Eine solche Abkürzung der Minderjährigkeit nach den Umständen, scheint vor der allgemeinen, welche andere Gesetzgebungen, unter Ausschließung der venia aetatis, angenommen haben, noch den Vorzug zu verdienen.

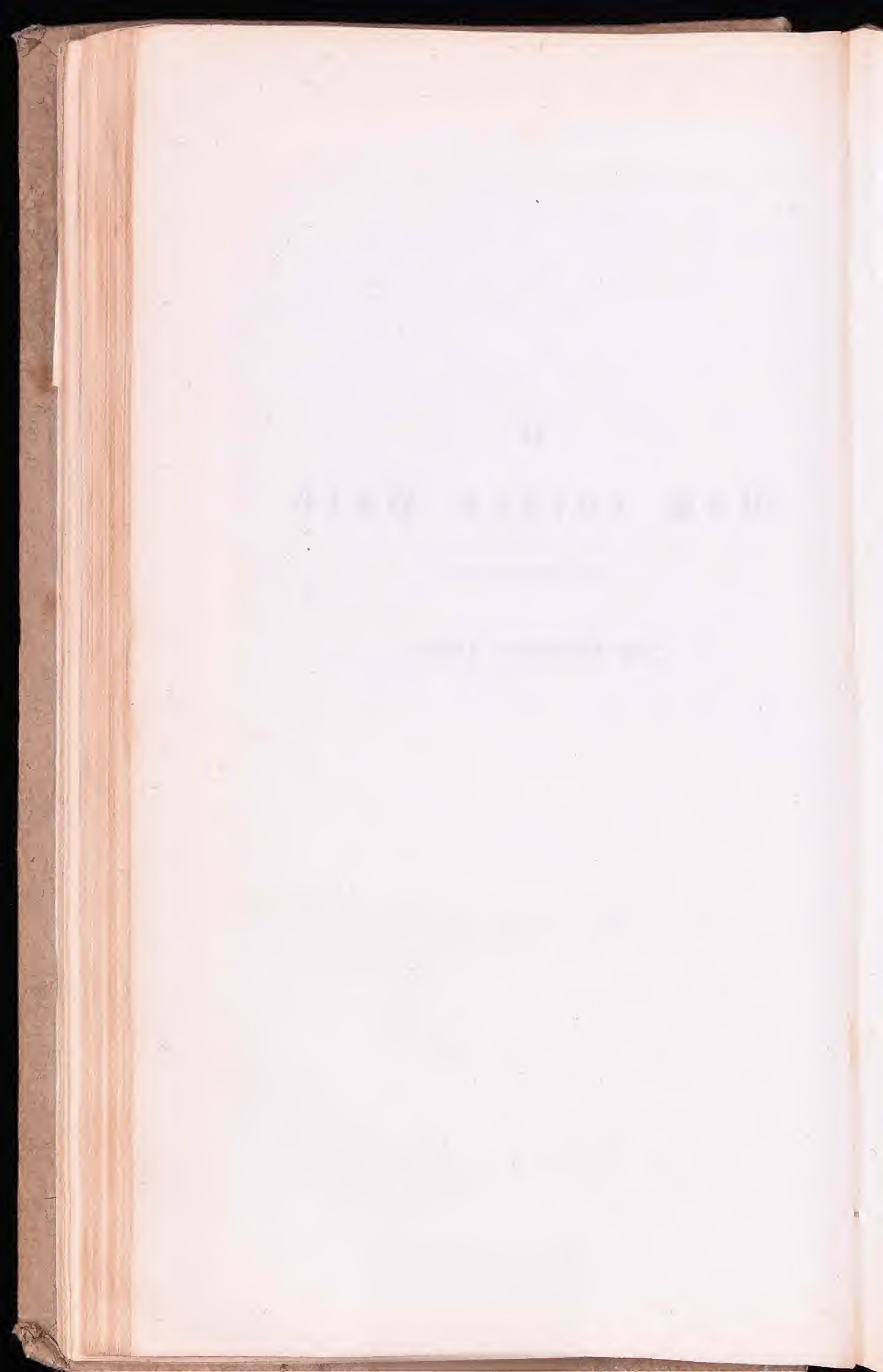
Kurz, die venia aetatis setzt dem System des römischen Rechts über das jugendliche Alter die Krone auf. —



II.

Vom rothen Huth.

Im Sommer 1823.



Gleichwie der erste Ursprung der Universitäten, so liegt auch der erste Ursprung des Doctorats im Dunkeln. Zwar hat es Doctoren gegeben, so lange als es Leute giebt, die mehr wissen, als andere — wenigstens in ihrer Meinung — und die dabei geneigt sind, ihre Kenntnisse andern mitzutheilen, die wohl gar ein Gewerbe davon machen, andere zu unterrichten; aber von Doctoren dieser Art ist hier nicht die Rede, sondern von solchen, die unter öffentlicher Auctorität, öffentlich dafür erklärt oder durch das Wort eines andern — aus Nichts geschaffen sind.

Bei denjenigen Völkern, bei welchen wir den ersten Ursprung unserer Einrichtungen zu finden oder doch zu suchen pflegen, bei Griechen und Römern, wird diese Sitte vergebens gesucht und wenn in Justinians Gesetzsammlung von Doctoren die Rede ist, sind darunter öffentlich angestellte Lehrer oder Professoren zu verstehen [1]; daß sie erst im Mittelalter aufgekommen sind, darüber sind alle einverstanden. Aber in welchem Jahr und auf welche Veranlassung? dies ist ungewiß. Aus dem 5. Titel des 5. Buchs der Decretalen de magistris et ne quid exigatur pro licentia docendi, besonders aus dem 1. und 3. Capitel, scheint hervorzugehen, daß wenigstens zu den Zeiten des Pabstes Alexander des Dritten,

---

1) *Conring* de antiquitatibus academicis diss. 4. §. 6.

also von 1160 bis 1182 in der Theologie noch keine Doctoren creirt wurden. Hingegen geschah dies seit der ersten Hälfte des 13. Jahrhunderts in allen Fächern der Wissenschaften [2]). Vielleicht waren die ersten, denen der rothe Huth aufgesetzt ward, zu Bologna creirte Doctoren der Rechte. Schon im 12. Jahrhundert wurden zu Bologna nicht bloß in jure civili, sondern auch in decreto Gratiani Doctoren creirt und jene Legisten, diese Decretisten genannt. Doctoren des Decrets scheinen die ältesten gewesen zu seyn, und Pabst Eugen der Dritte, soll im Jahr 1153 die Erlaubniß ertheilt haben, sie zu creiren [3]).

Im Anfange des 14. Jahrhunderts waren in die Erlangung der Doctorwürde schon Mißbräuche eingeschlichen [4]). Wir sehen dies aus einem decreto concilii Viennensis vom J. 1311, welches vom Pabst Clemens V. publicirt, in die Sammlung der Clementinen aufgenommen ist [5]). Die Verordnung ist auf Einschränkung des unnützen Aufwandes bei Erlangung der Doctorwürde gerichtet.

Diejenigen, von denen die Einrichtung ursprünglich herrührt, scheinen die Päbste gewesen zu seyn. Dies ist auch die allgemeine Meinung [6]). Und in der That, sie, welche sich anmaßten, die Universitäten zu stiften, und sich als die Beschützer derselben zu bezeigen, wie sollten sie der academischen Einrichtungen, der Stiftung und Verleihung der academischen Würden sich enthalten haben. Einige, wie Conring [7]), halten es für wahrscheinlich, daß Gregor IX.

2) *Conring* c. l. §. 24. seq. p. 137.

3) *Alex. Macchiavelli* in notis ad Sigonii hist. Bonon. tom. 3. operum Sigonii pag. 129. *G. L. Boehmer* observat. jur. can. obs. 8. §. 4. — 4) *Conring* l. c. §. 26. p. 140.

5) Clementina 2. de magistris.

6) *Burg* or. 3. p. 46.

7) de antiquitatibus academ. §. 24. p. 137.

der erste Urheber davon sey. Er bezieht sich deshalb auf Gabriel Naudaeus [8]), welcher in Beziehung auf Gregor IX. bloß bemerkt, eum bullae Academiae Parisiensi anno trigesimo primo seculi decimi tertii haec verba inseruisse: De Physicis autem et artistis Cancellarius promittet, bona fide examinare magistros et non nisi dignos admittens repellet indignos. Die Stelle, worauf Conring sich beruft, würde selbst dann nichts beweisen, wenn man auch nicht wüßte, daß schon lange vor ihm, nämlich schon im Jahr 1153, Pabst Eugen der Academie zu Bologna die Macht beilegte, Doctoren des Decrets zu creiren. Und im Jahr 1219 legte Pabst Honorius dem Dechanten der Domkirche zu Bologna das ausschließliche Vorrecht bei, die Lehrfreiheit nach vorhergegangener sorgfältiger Prüfung zu ertheilen [9]).

Will man den Rechtsgelehrten glauben, so würde das Doctorat bei den Rechtsgelehrten seinen Anfang genommen haben. Es soll nämlich bei Stiftung dieser Würde die Absicht der Päbste darauf gerichtet gewesen seyn, das Studium des canonischen Rechts in Aufnahme zu bringen, und zu verhüten, daß es nicht über das bürgerliche vernachläßigt werde. Damit nicht der entgegengesetzte Fall eintreten möge, sollen die Kaiser auch den studiosis et professoribus literarum dieselben gradus beigelegt haben [10]).

---

8) de antiquitate scholae medicae Parisiensis p. 18.

9) Cum saepe contingat, ut in civitate Bononiensi minus docti ad docendi regimen assumantur ... Nos ... duximus statuendum ... ut nullus ulterius assumatur, nisi a te obtenta licentia, examinatione praehabita diligenti. *Fattorini* de claris archigymnasii Bononiensis professoribus a seculo XI usque ad seculum XIV. Meiners über die Verfassung und Verwaltung der deutschen Universitäten. I. Thl. S. 328.

10) *Burg* c. l.

Dies alles ist wohl nicht erweislich und auch nicht wahrscheinlich. Vielmehr läßt es sich glauben, daß eine Würde dieser Art gleich anfangs dem ganzen Stande der Gelehrten und nicht der einen Facultät vor der andern zugedacht gewesen [11]; und wenn die ersten Doctoren Rechtsgelehrte gewesen, war dies vielleicht etwas Zufälliges. Dies wird durch folgende Betrachtung bestätigt.

Ursprünglich gelangte man nicht auf einmal zum Doctorat, sondern über mehrere Stufen mußte man, wie auf einer Leiter, zu diesem höchsten Ziel hinaufsteigen. Die erste Würde war die des Baccalaureus, welche denen zu Theil ward, die, nachdem sie die erste Lehrzeit überstanden hatten, solche Beweise ihrer Fortschritte gegeben hatten, daß sie fähig waren, in den letztern Theilen derselben andere zu unterrichten [12]. Es gab aber in dieser Stufe mehrere Unterstufen Baccalaurei simplices, currentes, formati [13]), und aus den Baccalaureen wurden Licentiaten und Doctoren. Obwohl es nun allerdings Ehre bringt, wenn Jemand einer Wissenschaft vollkommen mächtig ist und dies öffentlich anerkannt wird: so war es doch auf diese Ehre wohl nicht, wenigstens nicht hauptsächlich, abgesehen, sondern mit der Ertheilung academischer

---

11) Der Ausdruck Facultät in diesem Sinne schreibt sich aus dem Mittelalter her. Man verstand darunter im Mittelalter ursprünglich nichts anderes, als eine Wissenschaft. Die Scholastiker fanden nämlich in den Schriften der Griechen und namentlich des Aristoteles, daß δύναμις für scientia gebraucht war, und unterließen nicht, dem Meister dies nachzuahmen. In der Folge bediente man sich dieses Ausdrucks für die Personen, welche die Wissenschaft lehrten oder vielmehr für die Gesammtheit der Personen, welche eine gewisse Disciplin vortrugen, kurz für das Collegium, den ordo, z. B. jureconsultorum; wie wir ja auch jetzt thun. S. *Heumann* Praef. ad *Conring.* de antiquitatibus acad. p. 13.

12) Meiners a. a. O. S. 343.

13) Meiners a. a. O. S. 326.

Würden bezog es sich im Allgemeinen darauf, **Unwürdige vom Lehramt auszuschließen.** Daher wurden sie nur nach geschehener Prüfung und, wie ihre Kenntnisse sich mehrten, von einer Stufe des Lehramts zur andern befördert, bis sie endlich den höchsten Gipfel erreicht hatten. Dies geschah, wenn sie in ihrer Wissenschaft ausgelernt und dermaßen eingeweiht waren, daß sie in allen Fächern derselben, auch den schwersten, andere zu unterrichten im Stande waren. Dann waren sie Meister ihrer Kunst, und Meister wurden sie auch vor Alters genannt; dann wurden sie feierlich für Doctoren erklärt.

In welchem Verhältniß eigentlich die Doctoren zu den Licentiaten standen, scheint ungewiß zu seyn. Die Licentia bedeutet, wie es mir scheint, die bloße Macht zu lehren (licentia *docendi* heißt sie auch in den Urkunden) aber das Doctorat giebt zugleich die höchste Ehre. Wer die Licentia erlangt hat, dem fällt, wenn er sie begehrt, auch die Ehre zu, ohne daß er zuvor einer neuen Prüfung sich zu unterziehen nöthig hätte. Es ist vielmehr mit der Licentia zugleich das Recht verbunden, die höchste Würde ohne Weiteres fordern zu können. Der Licentiat steht also, so zu sagen, dem Baum des Apollo so nahe, daß er nur die Hand ausstrecken darf, um den Lorbeer zu pflücken. Wer aber zum Doctor creirt ist, der hat eo ipso auch die Licentia erlangt, daher diese Würde jenes Recht unter sich begreift. Man kann folglich auf der Leiter der academischen Würden die Doctorwürde im Verhältniß zu der Licentia nicht als eine höhere betrachten; wohl aber ist die letztere als ein Theil der erstern anzusehen, und mag wohl in ältern Zeiten ihr gewöhnlich vorhergegangen seyn.

Nachdem man auf fremden Academieen zuerst angefangen

hatte, Doctoren zu erschaffen, gelangten auch studirende Deutsche zu dieser Würde und kehrten mit dem rothen Huth in ihr Vaterland zurück. Namentlich gab Bologna uns Doctoren der Rechte seit der Entstehung dieser Sitte, also, wie gesagt, seit der Mitte des 12. Jahrhunderts. Diese, welche nicht umsonst das Ausland besucht und die fremden Gesetze erlernt haben wollten, waren begierig, ihre aus der Fremde mitgebrachten Kenntnisse geltend zu machen. Ihnen gelang es, begünstigt durch das Bedürfniß und die Rohheit der Zeit, der fremden Sitte, dem fremden Recht, Eingang in die Gerichtshöfe zu verschaffen, und die einheimischen Gesetze, deren wohl nur wenige und schlechte waren, daraus zu verdrängen. Das Gute, was sie dadurch etwa stifteten, ward durch die Weitläuftigkeit und Langsamkeit des Verfahrens, wenigstens gar sehr geschmälert. Als aber in der Mitte des 14. Jahrhunderts nach dem Beispiel des Auslandes auch in Deutschland Universitäten errichtet wurden, kam mit ihnen zugleich die Einrichtung der Facultäten und die Sitte, Doctoren zu schaffen, nach Deutschland; es fehlte nun in Deutschland länger nicht an einheimischen Doctoren, und die man bisher aus der Fremde zu empfangen gewohnt war, wurden jetzt zu Hause völlig eben so gut gemacht. Besonders vereinigten sich mehrere Umstände, den Doctoren der Rechte ein großes Ansehen zu verschaffen. Sie waren die Rathgeber des Kaisers und der Fürsten; sie saßen in den Gerichtshöfen; sie gaben die Gesetze; sie wandten sie an. Kein Wunder daher, daß sie bei dem Einfluß, den sie ausübten, und der Seltenheit dessen, was sie leisten konnten, hoch geschätzt, den Adeligen gleich geachtet, ja ihnen vorgezogen wurden, und daß die Gesetze selbst sie in mehreren Stücken, nämlich wenn die Gelegenheit dazu vorhanden war, als solche behandelten.

Daß sie den Adeligen gleich seyen oder seyn sollten, ward freilich nirgends ausdrücklich erklärt; aber es scheint, man setzte dies als etwas Bekanntes voraus [14]).

Was das Recht betrifft, Jemanden academische Würden beizulegen, so wird es von den einzelnen Facultäten, in deren Wissenschaft Jemand sie begehrt, und im Namen derselben von deren Vorstehern, den Decanen, ausgeübt. Sie haben diese Macht aber nicht jure proprio, sondern weil sie ihnen von höherer Hand übertragen ist [15]). Denn jenes Recht kann nur von der höchsten Gewalt im Staate ausgehen. Zwar, Jemanden prüfen, untersuchen, wie weit seine Kräfte reichen, welche Fortschritte in den Wissenschaften er gemacht habe, ihn darauf für fähig erklären, andere darüber zu belehren, dazu würde es eben keiner höhern Auctorisation, sondern nur der Meisterschaft bedürfen; allein, soll Jemanden die Erlaubniß ertheilt werden, eine Wissenschaft zu lehren und soll mit dieser Erlaubniß zugleich eine gewisse Würde verknüpft seyn, so reicht bloße Wissenschaft nicht aus, und jene Macht ertheilen, jene Würde beilegen, kann nur der Regent im Staat oder derjenige, dem er das Recht dazu beigelegt hat.

Also steht das Recht, Doctoren zu creiren, nur der höchsten Gewalt im Staat zu und würde folglich in Deutschland den Fürsten und jedem in seinem Lande zustehen. Nach der ehemaligen Verfassung Deutschlands gehörte dieses Recht zu den vorbehaltenen Rechten des Kaisers, und unter dessen Auctorität wurden die Doctoren in Deutschland erschaffen. Es

---

14) Danz Handbuch des deutschen Privatrechts. 4. Thl. §. 420.

15) Indessen hängt die Doctorwürde mit den Academieen nicht so enge zusammen, daß sie nicht davon getrennt seyn und nicht entweder unmittelbar ausgeübt oder andern zur Verleihung übertragen werden könnte.

hatte dies auch wohl darin seinen natürlichen Grund, weil jene Würde, sammt den damit verknüpften Rechten, nicht bloß in einem einzelnen Lande, sondern durch ganz Deutschland gelten und anerkannt werden sollte. Es galt dies nicht bloß von der Doctorwürde, sondern von allen Würden überhaupt. Quae ad dignitatem pertinent, hieß es, solus constituit Caesar. Auf den ältern Universitäten waren es die Päbste, welche die Macht, Doctoren zu erschaffen, verliehen. So finden wir, damit ich derjenigen gedenke, die mir am nächsten liegt, daß Pabst Calixtus, als er die Greifswaldische stiftete, auch die Macht, Licentiaten, Magister und Doctoren zu erschaffen, ertheilte, dergestalt, daß die erschaffenen hier und an allen Orten die damit verknüpften Rechte zu genießen haben sollten [16]). Daß die Päbste an und für sich keine Macht hatten, solche Rechte zu ertheilen oder durch andere ertheilen zu lassen, bedarf keiner Auseinandersetzung. Indessen, da sie im Einverständniß mit den weltlichen Fürsten handelten, diese ihre Anordnungen bekannt machten und bestätigten, so ist nicht zu zweifeln, daß die päbstlichen Gesetze durch die Genehmigung gültig würden, dergestalt, daß es eben so gut ist, als wenn sie unmittelbar von ihnen ausgegangen wären.

Ich will nun von den Rechten reden, die dem Doctorhuth anhängen.

Das

---

16) Der Pabst ertheilte sie aber nicht den Facultäten unmittelbar, sondern dem Bischof von Cammin. Diesem sollten die Candidaten präsentirt werden, und wenn sie nach geschehener Prüfung von Seiten der Facultät, würdig befunden worden, ihnen die Licentia oder die Doctorwürde von selbigem ertheilt werden. Daher rührt es nun wohl, daß bei uns der Canzler der Academie die Promotion erlauben muß, welcher den Vicecanzler an seine Stelle setzt, der vermöge dieses Auftrages den Decan, die Promotion zu bewerkstelligen, auctorisirt.

Das erste und vorzüglichste Recht eines Doctors besteht, wie auch schon aus dem Vorhergehenden folgt, darin, daß er berechtigt ist, in seiner Wissenschaft öffentlichen Unterricht zu ertheilen. Wer aber zum Meister in einer Kunst erklärt ist, so, daß er andere darüber belehren kann, dem muß es auch ohne Zweifel frei stehen, sie auszuüben. Je vollkommner die Kenntniß ist, die Jemand erworben hat, je größer ist seine Fähigkeit und sein Beruf, sie anzuwenden. Es ist also dem Doctor der Weg zu solchen Aemtern im Staat gebahnt, wobei es darauf ankömmt, die erlernten Kenntnisse in Ausübung zu bringen, ohne daß eine neue Prüfung dazu nöthig wäre: denn, da die Doctorwürde, nach geschehener Prüfung, unter Auctorität des Staats ertheilt wird, so würde der Staat den schon Geprüften und für würdig erklärten noch einmal prüfen, und zwar durch eine Behörde, die vielleicht nicht so gut zu prüfen und zu urtheilen fähig ist. Aber wenigstens könnte man ihr doch keine größere Fähigkeit zutrauen, sondern, bestände sie gleich ebenfalls aus anerkannten Meistern der Kunst, würde hier doch die Regel Anwendung finden, welche von Kunstverständigen überhaupt gilt, daß dem einen Kunstverständigen kein größeres Maaß von Einsicht beizulegen sey, wie dem andern. Der Staat würde folglich mit sich selbst im Widerspruch stehen, und im Widerspruch stehen würden vielleicht auch die Ergebnisse der doppelten Prüfung.

Man hält dafür, und diejenigen, welche sie austheilen, erklären bestimmt, daß mit der Doctorwürde das Recht verbunden sey, streitenden Theilen vor Gericht beizustehen (das jus in foro causas agendi et perorandi). Indessen zur wirklichen Ausübung seiner Kunst in diesem Fache, wie in andern, bedarf es für den Doctor zwar keiner neuen Prüfung,

wohl aber einer besondern Bewilligung von Seiten des Staates oder der dazu beauftragten Behörde [17]); ja, obwohl es mit den eben vorgetragenen Grundsätzen nicht sonderlich übereinstimmt, pflegt zu gewissen Aemtern, die besonders wichtig sind, und bei deren Besetzung man also besonders behutsam zu Werke geht, dem Doctor der Zutritt nicht anders verstattet zu seyn, als wenn er sich einer besondern Prüfung unterwirft. Theils erklärt sich dies aus einem gewissen Mißtrauen, wozu man gegen die Prüfungen der Facultisten durch die Erfahrung berechtigt zu seyn glaubt, theils sind auch gewisse Aemter von der Art, daß sie eine besondere Kenntniß oder Fertigkeit in einem gewissen Zweige der Kunst erfordern, die man von denjenigen, welche sich mit der Wissenschaft im Allgemeinen beschäftigt und eine gelehrte Kenntniß derselben erworben haben, nicht gerade fordern kann, oder doch ihnen nicht zutraut.

Außer dem Recht, streitenden Theilen beizustehen, soll mit dem Doctorat als ein besonderes Vorrecht die Befugniß verbunden seyn, rechtliche Gutachten zu ertheilen (das jus de jure consulentibus respondendi).

Die Natur der Sache giebt diesen Grundsatz nicht an die Hand. Zwar es ist eine Art von Unterricht in einem Gutachten enthalten; aber nicht jeder Unterricht gehört zu den ausschließlichen Rechten des Doctors; sein ausschließliches Recht besteht nur in der Macht, auf dem Catheder zu sitzen und

---

17) Was namentlich die Advocatur betrifft, bemerkt Mevius P. 1. dec. 189., nachdem er gesagt hat, wie nur solche als Advocaten in die Matrikel einzutragen, welche nach geschehener Prüfung über ihre Rechtskenntnisse und Geschicklichkeit würdig befunden worden, folgendes: Ad illam (sc. juris scientiam) docendam non sufficit quodvis testimonium, sed tale, quod virtutis plenam fidem faciat, quale creditur esse in titulo Doctoris digne impetrato. —

öffentliche Lehrvorträge zu halten. Sonst müßte ein Doctor auch nur Bücher schreiben dürfen. Es scheint vielmehr jenes Recht allen Rechtsgelehrten ohne Unterschied zuzustehen. Das Recht, Leuten, die uns darum befragen, unsere Meinung zu sagen, setzt nur Kunstkenntniß überhaupt, nicht Lehrfreiheit voraus. Wenn also ein streitender Theil einen Rechtsgelehrten um Rath fragt, warum sollte er diesem Verlangen nicht Gehör geben? Warum sollte ferner ein streitender Theil nicht berechtigt seyn, ein solches Gutachten dem Richter zu übergeben, und dieser zu seiner Belehrung Gebrauch davon manchen können? Gebunden sind dem Richter die Hände dadurch nicht, sondern es kömmt auf die Gründe an, deren Gewicht der Richter zu prüfen im Stande ist. Eben daher kann man hier nicht anwenden, was von solchen Fällen gilt, da der Richter sich bei Kunstverständigen Raths erholt. Nur wenn der Richter amtshalber sich genöthigt sieht, über rechtliche Fragen Belehrung einzuholen, nur dann, scheint es mir, gebühre es ihm, bloß anerkannte Meister zu befragen, und zwar nicht einzelne, sondern ganze Collegien.

Die Rechtsgelehrten hegen andere Ansichten. Sie legen den Doctoren ein ausschließliches Recht bei, Rathschläge zu ertheilen und leiten dieses Recht aus dem Römischen Recht ab. Nämlich seit Augustus ertheilten die Römischen Kaiser einzelnen Rechtsgelehrten die Macht, Gesetze öffentlich auszulegen, und darüber Gutachten zu ertheilen, von denen bei ihren Entscheidungen abzuweichen, den Richtern nicht erlaubt war [18]. Die gemeine Meinung der Rechtsgelehrten geht nun dahin,

---

18) L. 2. §. 47. D. de origine juris. §. 8. J. de jure naturae et gentium.

daß noch jetzt gelten müsse, was wohl selbst im Römischen Staat zu Justinians Zeit nicht mehr galt, nämlich, daß nur diejenigen Macht haben, rechtliche Gutachten zu ertheilen, denen sie besonders beigelegt ist, und daß bei uns nur den Doctoren, vermöge der ihnen bei der Promotion, unter Auctorität des Regenten, geschehenen Verleihung, ein solches Recht zustehe [19]. Allein, den Römischen Rechtsgelehrten, denen das Recht responsa zu ertheilen, als ein besonderes Vorrecht verliehen war, können wir zwar wohl unsere Sprachcollegien, nicht aber unsere einzelne Doctoren vergleichen, an deren Meinungen und Aussprüche die Gerichtshöfe nicht gebunden sind. Indessen könnten sie freilich ein solches Vorrecht haben, ohne daß jene Wirkung damit verbunden wäre, und dies wäre dann der Fall, wenn den Facultäten die Macht, rechtliche Gutachten zu geben, als ein Privilegium zu ertheilen, beigelegt wäre [20], als wodurch dann zu erkennen gegeben seyn würde, daß dies nicht jedem, ob er auch wohl sonst dazu fähig wäre, erlaubt seyn solle. Die Facultäten selbst pflegen das Recht, Gutachten zu ertheilen, dem Doctor bei der Erschaffung mit auf den Weg zu geben; ob dies allgemein geschieht, weiß ich nicht. Ein Gewohnheitsrecht ließe sich nur daraus ableiten, wenn die Doctoren an einem Ort andern Personen, jenes Recht auszuüben, mit Erfolg verwehrt hätten.

Außer den Rechten, die den Doctoren wirklich zustehen, pflegte man ihnen ehedessen manche andere beizulegen, worauf

---

19) S. *Stryck* usus modernus tit. de origine juris §. 5. *Carpzov* P. 2. C. 10. def. 4. Nr. 3. *Hoppe* Com. ad §. 8. J. de jure naturae et gentium.

20) Von der Confirmation der Altdorfschen Statuten von 1622. bemerkt dies namentlich Hoppe a. a. O.

sie keine Ansprüche haben und jetzt auch nicht machen, oder die sie doch mit andern Standespersonen gemein haben. Zu jenen gehört namentlich der Adel. Die Doctoren begnügen sich jetzt, sich durch Kenntnisse und Geschicklichkeit auszuzeichnen und achten Vorzüge so hoch nicht, die man ohne Verdienst und Würdigkeit durch Erbrecht erlangt. Sie würden sich wohl gar schämen, wenn man sie mit den Junkern in eine Classe setzen oder glauben wollte, es könne ihre Ehre, die sich auf Geschicklichkeit gründet, einen Zuwachs erhalten durch eine Ehre, die sich auf nichts gründet. Daß die Doctoren mit den Geburtsadeligen, wovon hier die Rede ist, nichts gemein haben; daß sie auf die Rechte und Privilegien der Adeligen weder Ansprache machen, noch haben; das bedarf keiner weitern Auseinandersetzung, weil jetzt alle darüber einverstanden sind [21].

Ich will mich hierbei nicht weiter aufhalten, und statt dessen eines Rechts erwähnen, was nicht allen Doctoren, sondern nur den Doctoren der Rechte zusteht, was aber gewöhnlich übergangen wird. Es ist freilich nicht von großer Bedeutung, bringt auch nichts ein; im Gegentheil, wer es ausübt, verliert etwas; es entgeht ihm ein Erwerb, wodurch er sein Vermögen vermehrt haben würde. Nämlich, wer Notar und dabei zugleich Doctor ist, von dessen Willen hängt es gegen die sonstige Regel ab, ob er einer an ihn ergangenen Aufforderung, sein Amt als Notarius zu verwalten, Folge leisten will oder nicht; — er müßte denn die Aufforderung schon angenommen haben [22]. Vielleicht liegt der Grund die-

---

21) Danz a. a. O. Leyser legt ihnen die privilegia nobilitatis bei (spec. 2. med. 6.) vermöge der Pol. Ordn. von 1530. Tit. 15. und 1548. Tit. 12. — 22) S. die Notariatsordn. des Kaisers Maximilian I. §. 15.

ses Vorrechts, dessen sich ein Doctor zu erfreuen hat, darin. Das Geschäft, wobei man sich seiner Hülfe bedienen will, kann von der Art seyn, daß seine Doctorwürde dadurch ins Gedränge kömmt und um diese zu retten, kann er sich dem Geschäft entziehen, wobei das Gesetz ihm selbst das Urtheil darüber und die Wahl unter den Geschäften vorbehält.

Dies sind die Rechte und Vorrechte der Doctoren, wovon jedoch in den Diplomen hauptsächlich nur noch die Rede ist. Das große Ansehen, welches die Doctoren im Mittelalter und in den ersten Zeiten nach ihrer Entstehung genossen, dauerte nicht, es hat sogar Zeiten gegeben, wo der rothe Huth Schimpf statt Ehre brachte; der angemaßte Adel der Doctoren ist in Vergessenheit gerathen; es gab Gelehrte und Schriftsteller von großem Ruf, die keine Doctoren waren. Indessen, hat gleich das Ansehen der Doctoren wegen Menge derselben und Unwürdigkeit einzelner sich nicht immer auf gleicher Höhe gehalten, im Allgemeinen ist ihnen doch eine gewisse Würde geblieben, womit sich zu schmücken selbst Fürsten nicht verschmäheten, wie selbst die neueste Geschichte beweiset. Für den Gelehrten giebt sie den eigentlichen Schmuck, dessen Mangel andere Auszeichnungen nicht ersetzen können und der neben ihnen seinen Werth behauptet. Auf allen Fall nach der Meinung der Stifter und nach den Gesetzen kleben Ehre und Würde dem Doctorhuth an, und wenn es auch, wie gesagt, bei Stiftung der academischen Würden darauf wohl nicht hauptsächlich abgesehen gewesen, so sind sie doch damit verbunden; sie befinden sich, daß ich so sage, im Gefolge des Doctors. Die Stufe dieser Würde, im Verhältniß zu andern, müssen die Gesetze und Gewohnheiten der einzelnen Länder an die Hand geben.

Was das Hauptrecht des Doctors betrifft, das jus cathedrae, wenn ich es so nennen darf, so wird man ohne Zweifel glauben, dies sey ihm ungeschmälert geblieben. Allein, die Wahrheit zu sagen, im Verlauf der Zeit ist es dahin gekommen, daß dies Recht noch besonders erworben werden muß. Es pflegt nämlich auf unsern Universitäten einem bloß deshalb, weil er den Lorbeer erwarb, der Weg nach dem Catheder noch nicht offen zu stehen, sondern er muß veniam docendi besonders auswirken. Die Doctorwürde ist jetzt also nur als conditio sine qua non anzusehen, ohne welche Jemand kein öffentliches Lehramt bekleiden kann. Dadurch, daß er Doctor ward, ist er für fähig erklärt, es zu bekleiden. Die wirkliche Erlaubniß muß jedoch, ohne neue Prüfung, durch Ertheilung eines Amtes oder simpliciter erlangt werden. Auch zu manchen andern Aemtern muß hin und wieder die Doctorwürde den Weg erst bahnen.

Man hat viel von Mißbräuchen geredet, die bei Ertheilung der Doctorwürde begangen würden. Ob diese Klagen gegründet sind, weiß ich nicht; das aber weiß ich, daß sie schon sehr alt sind, und ehedessen gegründeter seyn mochten, als jetzt. Ich kann mich hierüber auf das Zeugniß eines Rechtsgelehrten berufen, der zugleich belehrt und ergötzt, der uns, wenn es ihm nicht gelingt, uns von seiner Meinung zu überzeugen, doch durch seine Darstellung erfreut, welchem, wenn die Dinge nach ihrem wahren Werth geschätzt werden, unter allen deutschen Rechtsgelehrten der erste Platz zuerkannt werden dürfte, den ihm allenfalls nur Weber streitig machen kann, Leyser also, nachdem er die ersten Jahre seines Jünglingsalters auf deutschen Universitäten zugebracht, und sich der Rechtswissenschaft beflissen hatte, besuchte, um sie kennen zu

lernen, Holländische, ging darauf nach England über und indem er das damals von Kriegsunruhen bedrängte Frankreich liegen ließ, begab er sich von England nach Italien. Aber ganz gegen die Gewohnheit seiner Landesleute fand er überall alles schlechter, wie zu Hause; und was er noch Gutes im Auslande fand, z. B. in Holland die Rechtsgelehrten, war von deutscher Abstammung. Dieses und was er sonst auf der erwähnten Reise über den Zustand der Wissenschaften und die Gelehrten bemerkt hatte, erzählt er in einer kleinen Reisebeschreibung, die den Inhalt einer bei Gelegenheit, da er das Professoramt in Helmstädt antrat, gehaltenen academischen Rede ausmacht. In Italien hatte er unter andern Gelegenheit zu sehen, wie man dort Doctoren machte, und dies ist es eben, weshalb ich seiner hier erwähne. Er erzählt von seinem Aufenthalt in Italien folgendes:

Non credidissem profecto, tantam fuisse priscorum seculorum, in quibus scholastici imperium obtinebant, barbariem, quantam illam nobis scriptores quidam depingunt, nisi apud Italos majorem etiam caliginem et oscitantiam invenissem. Actum erat de me, si eam, qua hodie Itali utuntur, linguam non didicissem. Latinam enim nemo fere, ne Professores quidem omnes intelligebant, aut, si intelligerent, non loquebantur, et si tandem loquerentur, soloecismis suis ita corrumpebant, ut interprete opus fuisset. Bibliothecas tam publicas quam privatas, parum instructas vidi. Illi enim, qui ab Indigenis scribuntur, libri raro aliud quid, quam aniles de Divis suis fabellas complectuntur. Exterorum scripta religioni et superstitioni suae periculosa esse animadvertunt, atque ideo, ne inferantur, sedulo ca-

vent. Juris studium, quam mirifice floreat, vel ex eo, quod mihi ipsi accidit, colligite. Insinuaveram me Patavii in Germani cujusdam, qui Doctoris honores ambiebat, familiaritatem. Examen illi intra biduum indictum erat. *Sed acceperat simul in scheda descripta, quae ipsum dicere et ad propositas quaestiones respondere oportebat.* Haec de more in tabulis publicis non solum juridici, sed et reliquorum ordinum, asservantur et singulis candidatis ediscenda proponuntur. Neque licet illis, neglecta formula praescripta, ex ingenio suo respondere. Quum enim id aliquando tentasset adolescens solertior et quem insipidi istius moris pudebat, parum abfuit, quin a Professoribus, *quos interrogantes responsionibus suis turbaverat,* repulsam pateretur, nisi precibus cujusdam adjutus atque unico tantum suffragio superior admissus fuisset. Disputatio, quam inauguralem vocamus, non multum periculosior erat. Ad hanc me cum duobus aliis invocaverat, formulamque, qua uti singuli in contradicendo debebamus, praescripserat. De suo aliquid addere aut primae statim responsioni non acquiescere, capitale esse significabat. Quibus ita praeparatis, candidatus noster, cum in conflictum descenderet, facillime ea, quae objiciebantur, diluebat, atque nos omnes intra horulae spatium absolvebat. Neque est, ut quis de remotioribus Italiae Provinciis meliora sibi polliceatur. In his enim stabilitus ille animorum et corporum equuleus, quam Inquisitionem vocant, longius musas, quae libertatem amant, arcet. Quum ergo et genius Italorum a Germanorum candore alienissimus mihi displiceret, facilius obtempe-

ravi revocantibus me parenti et agnatis atque Italiae fines laetus reliqui.

Von ihm galt also nicht das

Italiam relinquens frendens respexit. —

III.

Vom Geständniß.

Im Februar 1827.

Inhalt.

Vom Geständnisse.

§. 1.
Begriff.

Das Geständniß, wie der Beweis, beide haben es mit Thatsachen zu thun. Jemand gesteht, wenn er Thatsachen, die zu seinem Nachtheil gereichen, enthüllt, oder sie als wahr anerkennt. Dieses scheint indessen nicht genug zu seyn, sondern es muß noch etwas hinzukommen. Das Geständniß setzt voraus, daß ein Anderer diese Thatsachen für sich angeführt, oder sie uns, wenn auch nicht ausdrücklich, vorgeworfen habe. Zwar, der gemeine Sprachgebrauch scheint sich hieran eben nicht strenge zu binden; so schrieb Rousseau Geständnisse, obgleich niemand sie von ihm begehrt hatte; aber, in der Sphäre des Rechtes scheint jener Zusatz wesentlich zu seyn. Zum Geständnisse in der echten Bedeutung gehört, daß auf eine vorhergegangene Beschuldigung das Geständniß als Bejahung folgt, daß Vorwurf und Antwort gleich lauten und beide Theile in einer gewissen Behauptung übereinstimmen. Diese Bedeutung von Geständniß scheint für die Rechtswissenschaft allein nur brauchbar, es wenigstens sehr nützlich zu seyn, wenn sie sich an diese hält. Offenbar bezieht sich der Begriff des Geständnisses auch nur auf eigene Handlungen, nämlich auf das, was der Gestehende gethan oder unterlassen hat; jedoch hat im Civilproceß das Gestehen einer eigenen

Handlung und das Einräumen einer jeden andern Thatsache, welche die Rechte und Verbindlichkeiten des Gestehenden betrifft und ihm nachtheilig ist, gleiche Kraft [1]). In beiden Fällen wird die Thatsache außer Streit gestellt und bedarf des Beweises nicht.

Das Römische Recht scheint in den hieher gehörigen Titeln der Pandecten [2]) und des Codex [3]) nur von einem gerichtlichen Geständnisse zu reden, und es nicht auf einzelne Thatsachen, sondern auf die ganze Verbindlichkeit des Beklagten, auf alles, was man seinem Gegner nur einräumen kann, daß die Klage gegründet, und daß man zu zahlen verbunden, daß der Gegner wirklich Eigenthümer sey u. s. w. zu beziehen [4]). In diesem Sinn, denke ich, ist es zu nehmen, wenn es im Römischen Recht heißt: das Geständniß gilt einem richterlichen Urtheil gleich; der Gestehende hat sich selbst verurtheilt [5]). In diesem Sinn muß Natur und Gesetz dem Geständnisse, d. h. der Verurtheilung seiner selbst, nicht entgegen stehen; das, wozu Jemand sich verurtheilt, muß physisch und moralisch möglich seyn [6]); es braucht aber das Geständniß, d. h. das, was Jemand dem Gegner eingeräumt hat, nicht wahr zu seyn [7]). Auf ein Geständniß in diesem Sinn bezieht es sich auch, was von Pupillen und Minderjährigen gelehrt wird, nämlich, daß ein Geständniß des Pupillen unter

---

1) Gönner Handbuch des Proc. Bd. 2. S. 371.

2) L. 42. tit. 2. de confessis.

3) L. 7. tit. 59. de confessis.

4) z. B. *L.* 5. *D. de confessis.* qui Stichum se debere confessus est. L. 6. §. 2. D. eod.

5) *L.* 1. *D. de conf.* Confessus pro judicato est, qui quodammodo sua sententia damnatur. L. 3. in fine. L. 6. pr. D. eod. *L.* 6. §. 2. *D. cod.* — omne omnino, quod quis confessus est, pro judicato haberi. — §. 6. eod. L. un. C. de conf.

6) L. 14. §. fin. de interrogat. in jure fac.

7) L. 3. 4. 5. D. de conf.

Auctorität des Vormundes abgelegt seyn muß, und der Minderjährige gegen das abgelegte sich der restitutio in integrum bedienen kann [8]). Ein Geständniß dieser Art muß in Hinsicht auf das Object bestimmt (confessio certi) seyn, und hat der Gestehende sich unbestimmt ausgedrückt, muß er durch den Richter angehalten werden, sich bestimmter zu erklären [9]).

§. 2.

Wie ein Geständniß beschaffen seyn muß.

1) Deutlich und bestimmt. Was nicht bestimmt und deutlich zugestanden ist, das ist gar nicht zugestanden [1]). Ein undeutliches oder unbestimmtes Geständniß kann wenigstens nicht zur Verurtheilung hinlänglich seyn, sondern nur einen, bald stärkern, bald schwächern, Verdacht erregen. Giebt ein streitender Theil bei Gericht ein undeutliches oder unbestimmtes Geständniß ab, so ist es, nach den Regeln unsers Processes, die Sache des Richters, ihn vor dem Urtheil anzuhalten, daß er sich deutlicher und bestimmter erkläre. Die Stellen des Römischen Rechts, worauf man sich beruft, um zu beweisen, daß, wenn ein Geständniß undeutlich und unbestimmt ist, der Richter ex officio auf die Verbesserung des

---

8) L. 6. §. 5. D. h. t. Nach dem Beispiel der Minderjährigen wird auch die Kirche, nach canonischem Recht, gegen ein abgelegtes Geständniß in integrum restituirt. C. 2. de rest. in int. in 6to.

9) L. 6. pr. D. h. t. Certum confessus, pro judicato erit: incertum, non erit. §. 1. *eod.* Si quis incertum confiteatur, vel corpus sit confessus, *Stichum vel fundum dare se oportere:* urgeri debet, ut certum confiteatur. Item eum, qui rem confessus est, ut certam quantitatem confiteatur.

1) *L.* 11. §. 7. *D. de interr. in jure fac.* Nihil interest neget quis an taceat interrogatus, *an obscure respondeat,* ut incertum dimittat interrogatorem. *Lauterbach* de conf. §. 5.

Mangels Bedacht nehmen müsse [2]), diese Stellen reden nur von gerichtlichen Geständnissen im Römischen Sinne und zwar nur von einer Unbestimmtheit in Hinsicht auf das Object der Verbindlichkeit, gehören also nicht hieher. Ein Geständniß darf ferner

2) nicht auf Irrthum beruhen. Non fatetur qui errat, nisi jus ignoravit, sagt Ulpian [3]). Indeß mit dieser Aeußerung des Ulpian bezieht es sich abermals nicht auf das Geständniß in unserm Sinne, sondern im Römischen, wie besonders aus der hinzugefügten Ausnahme klar erhellet. Wiewohl nun jener Satz durch die Stelle, die dafür angeführt zu werden pflegt, nicht bewiesen wird, so scheint doch die Natur der Sache für ihn zu sprechen, und er keiner Bestätigung durch Gesetzstellen zu bedürfen;

3) muß das Geständniß nicht erzwungen seyn [4]); es muß vielmehr

4) mit Einsicht und Ueberlegung, und nicht im Scherz abgelegt seyn.

§. 3.

Von den Personen, welche gestehen.

Es giebt Personen, welche nicht gestehen können, deren Geständniß nicht gültig oder, wegen ihrer Person, widerruflich ist; so daß sie entweder gar nicht daran gebunden sind, oder sich der restitutio in integrum dagegen bedienen können. Ohne Zweifel gehört hieher das Kind unter 7 Jahren (Infans), welches auch nicht unter Auctorität des Vormundes gestehen kann. Ausdrücklich erwähnt das Römische Recht des Pupillen

2) z. B. L. 6. §. 1. D. de conf.
3) L. 2. D. de conf.
4) Cap. 16. X. de off. et pot. jud. del.

len und des Minderjährigen, handelt aber dabei, wie ich bereits erwähnt habe, nur von einem gerichtlichen Geständnisse im Römischen Sinn. Es scheint hier nicht eben Mangel an Einsicht zum Grunde zu liegen, sondern daß sie über das Object nicht mit Freiheit herrschen [1]). Ein Geständniß abzulegen in unserm Sinn, d. h. gegen sich selbst zu zeugen, daß etwas geschehen oder nicht geschehen sey — ist Niemand ganz unfähig, als dem es am Verstande oder dem Vermögen der Erinnerung fehlt. Nur, wenn ein Geständniß bei Gericht oder bei einem Rechtsgeschäft vorkömmt, kann das Alter und Mangel unbeschränkter Herrschaft, über sein Vermögen zu walten, in Betrachtung kommen, und nicht nur das Geschäft selbst ungültig machen, sondern auch das Geständniß, und das letztere insoweit, als etwas vertragsweise zugestanden anzusehen ist, oder der Wille, dem andern etwas einzuräumen, dabei sich offenbart. Wahnsinnige, außer in lichten Zwischenräumen, imgleichen diejenigen, bei denen durch Trunkenheit, Schlaf u. s. w. die Seelenkräfte einstweilen außer Thätigkeit gesetzt sind, solche Personen sind, freilich während dieses Zustandes (in jeder Hinsicht) unfähig, ein Geständniß abzulegen, wenigstens ein solches, welches glaubwürdig wäre [2]).

§. 4.

Gerichtliches, außergerichtliches Geständniß.

Ueber diesen Unterschied etwas zu sagen, scheint unnöthig zu seyn, weil jeder von selbst im Stande seyn wird, ein gerichtliches Geständniß von einem außergerichtlichen zu unterscheiden. Auch würde ich mich gern überhoben sehen, davon

---

1) S. Danz Grundsätze des ord. Proc. §. 292. Gönner vom Geständnisse §. 8. (Handbuch des Proc. Bd. 2. Abth. 43.) — 2) *Lauterbach* c. l. §. 9.

zu reden; indessen ist es nicht zu vermeiden, weil das, was über diesen Unterschied die Rechtsgelehrten gewöhnlich lehren, unrichtig zu seyn scheint.

Sie lehren nämlich, daß nur dasjenige Geständniß ein gerichtliches sey, was vor dem zuständigen Richter abgelegt worden; hingegen ein Geständniß vor einem unzuständigen Richter abgelegt, sey einem außergerichtlichen gleich zu achten und habe nur die Kraft eines solchen. Mir scheint bei dieser Behauptung wieder die Verwechselung dessen, was wir und was die Römer unter Geständniß verstehen, zum Grunde zu liegen. Ein Geständniß, was einem richterlichen Urtheil gleich gelten soll, erfordert freilich, gleich dem Urtheil, zu seiner Gültigkeit des Richters Zuständigkeit. War der Richter nicht zuständig, er hat es auch nicht durch Prorogation werden können, weil ihm der Zweig der Gerichtsbarkeit fehlte, wohin die Sache einschlägt, oder er ist es wenigstens nicht geworden, weil die Partei im Irrthum befangen war; — so gilt sein Urtheil, so gilt auch die Selbstverurtheilung, die sein Urtheil unnöthig macht, nicht. Dies ist leicht einzusehen.

Allein, ein Geständniß, als bloßes Zeugniß gegen sich selbst über die Wahrheit gewisser Thatsachen, dünkt mich, kann bei jedem Richter abgelegt werden; er braucht nicht zur Entscheidung der Sache berufen zu seyn. Bei welchem Richter es auch abgelegt seyn mag, immer ist es vor dem Richter abgelegt und ein gerichtliches zu nennen. Daß es abgelegt sey, beweisen die Schriften auch eines incompetenten Richters. Von allem, was ein Geständniß glaubwürdig machen, oder ihm Beweiskraft verleihen kann, wird auch an demjenigen nichts vermißt, was vor einem unzuständigen Richter abgelegt worden.

Man beruft sich zwar auf eine Stelle des canonischen

Rechts, wonach Geistliche, die vor einem weltlichen Richter das Bekenntniß begangener Verbrechen abgelegt haben, auf dies Bekenntniß von ihrem geistlichen Richter nicht verurtheilt werden dürfen [1]; allein ich zweifele daran, daß die gewöhnliche Lehre an dieser Stelle eine sonderliche Stütze finden könne. Schon der im Schreiben des Pabstes angeführte Grund ist offenbar nicht von der Art, daß er eine solche Verordnung rechtfertigen kann; er ist aus dem Römischen Recht entlehnt, und besteht darin, daß ein Geständniß wie ein richterliches Urtheil zu betrachten sey und von dem Geständniß daher dasselbe gelten müsse, was von dem Urtheil. (Sicut enim sententia a non suo judice lata non tenet, ita et facta confessio coram ipso.) Es wird also, was auf die römische confessio anwendbar ist, irrig auf das Geständniß in unserm Sinn angewandt. Wenn wir nun gleich die Verordnung selbst gelten lassen müssen, so glaube ich doch nicht, daß wir nöthig haben, die Irrthümer des Pabstes zu theilen und sie weiter auszubreiten. Wollen wir aber, was von der römischen confessio gilt, auf unser Geständniß anwenden, so müssen wir einem Geständniß, was vor einem incompetenten Richter abgelegt ist, geradezu allen Werth absprechen. Wir müssen sagen, es gilt nicht, und hat überall keine Kraft, auch nicht diejenige eines außergerichtlichen Geständnisses. Auf solche Art zeigen wir wenigstens, daß wir im Stande sind, richtig zu schließen [2].

---

1) C. 4. X. de jud.

2) Auch Gönner a. a. O. bemerkt, es komme nicht darauf an, vor welchem Gericht das Geständniß abgelegt werde, ob vor dem competenten Richter oder vor einem andern.

§. 5.

Animus confitendi.

Zu einem Geständniß pflegt man wohl zu erfordern den animus confitendi. Darunter kann zweierlei verstanden werden.

Einmal. Die Absicht, die Wahrheit zu sagen. In diesem Sinn scheinen die Alten das Wort genommen zu haben.

Dann wäre ein *animo confitendi* abgelegtes Geständniß gleichbedeutend mit *confessio seria.*

Zweitens. Die Neuern sprechen hier von einer andern Absicht und verbinden mit dem alten Ausdruck einen neuen Sinn. So bemerkt Danz [1]), oder wiederholt vielmehr, was von Tevenar vor ihm gesagt hatte [2]): Bei einem Geständniß kommt alles darauf an, ob derjenige, welcher ein Geständniß ablegt, dabei den Zweck hat, eine Schuldigkeit einzuräumen, und ob die Darstellung, die er von einem Geschäft oder einer Begebenheit gegen öffentliche oder Privatpersonen schriftlich oder mündlich macht, in der Absicht geschieht, daß solche als ein Beweisthum angesehen werden solle; oder ob die Erklärung und das Geständniß aus andern Ursachen oder nur beiläufig in Geschäften mit andern Personen geschieht. Grollmann [3]) sagt: Eingeständnisse geben dem Richter, als solchen, volle Ueberzeugung, sobald sie nur frei und ernstlich, d. h. in der Absicht, um dadurch etwas jedem als Wahrheit kund zu thun, oder doch dem Gegner etwas einzuräumen, gegeben

---

1) Grundsätze des ord. Proc. §. 292.

2) v. Tevenar Theorie des Beweises S. 76. — 3) Theorie des gerichtlichen Verfahrens §. 82. a.

werden. Gönner [4]) sagt: „Ein jedes Geständniß setzt die Absicht voraus, eine rechtsverbindliche Handlung vorzunehmen; diese Absicht versteht man unter dem animus confitendi."

Ich denke mir unter animus confitendi die Absicht, dem andern zur Feststellung von Rechtsverhältnissen etwas einräumen zu wollen.

Es scheint mir aber die Frage zur Erörterung übrig geblieben zu seyn, ob es einen animus confitendi in diesem Sinn giebt, woher er seinen Ursprung habe, ob die Wissenschaft seiner bedürfe. Weber erwähnt seiner gar nicht, sondern leitet die Beweiskraft des Geständnisses auch im bürgerlichen Verfahren aus der innern Glaubwürdigkeit, wie sie die Umstände an die Hand geben, ab [5]); und auch bei den Alten habe ich nichts darüber gefunden.

Laßt uns also sehen, was etwa Wahres an der Sache seyn möge. Das Geständniß an und für sich ist nichts weiter, als ein Zeugniß gegen sich selbst. Als solches hat es innere Glaubwürdigkeit; auch kann der Gestehende sich nicht beschweren, wenn wir ihn nach seinem Geständnisse behandeln; wenn wir für wahr annehmen, was er selbst, zu seinem Nachtheil, dafür ausgiebt. Soweit ist alles leicht. Aber — und darauf kommt alles an — was hindert den Gestehenden, seine Aussage jeden Augenblick zurückzunehmen; und was berechtigt uns, ihn nach seinem Geständ-

4) a. a. O. §. 9.

5) S. Weber über die Verbindlichkeit zur Beweisführung S. 71 bis 74. Auch Martin spricht hier bloß von der Absicht zu gestehen, ohne doch die Absicht, sich verbindlich zu machen, gerade zu verwerfen; vielmehr läßt Martin, wie es scheint, beides neben einander gelten und in Betrachtung kommen. Lehrbuch des bürgerlichen Proc. 9. Auflage, §. 128.

nisse zu behandeln, wenn er es für falsch erklärt? Er, welcher das Geständniß machte, kann er es nicht auch vernichten und der früheren Aussage die spätere entgegensetzen? Allerdings; und es bleibt dann nur ein Verdacht gegen den Gestehenden zurück, jedoch nicht in allen Fällen. Denn an und für sich sind wir gar nicht berechtigt, der frühern Aussage, in Hinsicht auf Glaubwürdigkeit, einen Vorzug beizulegen vor der spätern. Allein, gewöhnlich werden die Umstände einen solchen Vorzug rechtfertigen; weil man keine Gründe sieht, weshalb der Gestehende früher die Unwahrheit sollte geredet haben, wohl aber Gründe, weshalb er sie jetzt redet, weil es sein Vortheil war, die Sprache zu ändern. Dies erkennt man besonders, wenn man an einen Zeugen denkt, welcher seine in fremden Angelegenheiten abgegebene Aussage widerruft; hier hat man keinen Grund, der frühern Aussage mehr zu trauen, als der spätern, vielmehr verhält es sich gerade umgekehrt. Aber wenn Jemand seine Aussage gegen sich, sein Geständniß, widerruft, wird man gewöhnlich seiner ersten Aussage mehr zu trauen berechtigt seyn; besonders, wenn er sie wiederholt hat, wiewohl Wiederholung das Recht zum Widerruf nicht ausschließt.

Soll das Geständniß nicht nach Willkühr widerruflich seyn, so muß ein besonderer Grund vorhanden seyn, den Gestehenden bei seinem Geständniß festzuhalten. Ein solcher Grund liegt in dem Willen des Gestehenden, in seiner Erklärung, daß er an sein Geständniß gebunden seyn will. Einer ausdrücklichen Erklärung darüber bedarf es nicht, sondern wir sind berechtigt, auf einen solchen Willen zu schließen, wenn er dem andern, dem er als Gegner gegenübersteht, vor Gericht oder außergerichtlich, zur Feststellung ihrer Rechtsverhältnisse, ein gewisses Factum einräumt. Ob

das Zugestandene dann wirklich wahr sey, kann man nicht wissen — die Wahrheit folgt überhaupt aus keinem Geständniß — sondern nur glauben; es kommt auch nicht darauf an; aber soviel ist klar, daß wer zur Festhaltung von Rechtsverhältnissen, dem andern etwas einräumt, den Willen hat, dies solle unter ihnen für wahr gelten. Indem er bei Gericht, was sein Gegner gegen ihn behauptet, einräumt, sieht er vorher, daß der Richter das, worin er mit dem Gegner übereinstimmt, für wahr annehmen und ihn darnach richten werde, und gesetzt, die Sache verhielt sich nun in der That anders, so hat er doch eingewilligt, daß der Richter das Factum, wie es der Gegner vorgetragen, bei seinem Urtheil zum Grunde legen soll. Selbst, wenn er im Irrthum war, fehlt dieser Wille an sich nicht. Nur kann er in diesem Fall, nach den Gesetzen, den Irrthum aufdecken, ihn verbessern, sein Geständniß widerrufen. Im entgegengesetzten Fall kann es vollends keinen Zweifel leiden, wie er dadurch, daß er der Behauptung seines Gegners nicht widersprochen, sie vielmehr zugestanden, den Willen offenbart habe, daß der Richter sie für wahr annehmen, und darnach urtheilen solle. Der streitende Theil würde selbst nicht einmal nöthig haben, sich eben über die Wahrheit oder Unwahrheit der gegen ihn angeführten Thatsachen zu erklären, sondern er könnte sich darauf beschränken, zu sagen, das räume ich ein, das will ich nicht bestreiten u. s. w. Und im Grunde ist es gerade eben soviel, ob er wissentlich eine falsche Thatsache für wahr erklärt, oder ob er sagt, ich räume sie ein, will sie nicht bestreiten, sie mag für wahr gelten. Eben so, wenn Jemand außergerichtlich, jedoch in Beziehung auf Rechtsverhältnisse, dem andern etwas einräumt, will er ohne Zweifel, daß dies unter ihnen für wahr gelten und wenn es bei Gericht zur Sprache kömmt, der Rich-

ter darnach urtheilen solle. Wenn er z. B. dem Gläubiger sich zur Erlegung einer gewissen Geldsumme verbindlich macht, und als Grund anführt, daß er ebensoviel zum Darlehn von ihm empfangen habe, wenn er dem Schuldner eine Quittung ertheilt, weil dieser die Schuld getilgt habe, will er ohne Zweifel an dies Geständniß gebunden seyn.

Auf solche Art, denke ich, läßt sich dasjenige, was die Rechtsgelehrten über den animus confitendi, wie es scheint, mehr geahndet, als deutlich gedacht haben, allenfalls rechtfertigen.

Indessen scheint die Sache lange nicht über allen Zweifel erhaben. Man kann dagegen einwenden. Beim Geständniß kommt bloß die innere Glaubwürdigkeit in Betrachtung. Diese ist nicht immer in gleichem Grade vorhanden. Aber, wenn das Geständniß dem andern bei Gericht oder bei Rechtsgeschäften abgelegt wird, ist sie so groß, daß ein späterer Widerruf, vermöge der Gesetze, nicht weiter in Betrachtung kommen kann. Auf den animus confitendi, den die Gesetze nicht kennen, kommt es nicht an, und die Wissenschaft bedarf desselben nicht. Daß es auf den animus confitendi nicht ankomme, sondern bloß auf die Glaubwürdigkeit des Geständnisses, wie sie aus den Umständen bald stärker, bald schwächer, hervorgeht, scheint folgendes Beispiel zu ergeben. Gesetzt, einer schriebe dem andern: die 100 Rthlr., die Sie mir bis Ostern zu leihen die Güte haben wollen, habe ich durch den Boten gestern richtig erhalten, und Sie dürfen sicher darauf rechnen, daß ich sie Ihnen, wie ich Ihnen ja bereits mündlich so theuer versprochen habe, zur bestimmten Zeit wieder bezahlen werde. Will der Schreiber dem andern hier ein gewisses Factum einräumen, will er ihm einen Beweis in die Hände geben? Nein; er will ihn bloß von dem Empfange

des Geldes benachrichtigen, ihn wegen der Wiedererstattung beruhigen. Und doch glaube ich, daß ein Zeugniß dieser Art bei Gericht vollen Glauben finden, und man dem Schreiber den Widerruf desselben nicht gestatten würde. Es scheint also, daß der animus confitendi, in Hinsicht auf die Beweiskraft des Geständnisses, wenigstens nicht nothwendig erforderlich sey.

Solche Zweifel stehen jener Theorie im Wege. Um hier aufs Reine zu kommen, glaube ich, wird es das beste Mittel seyn, wenn wir Geständnisse, die man dem Gegner, und solche, die man einem Dritten macht, einander entgegenstellen. Hat man nämlich einem Dritten etwas gestanden, daran, dünkt mich, ist man immer nicht gebunden, wie glaubwürdig es auch immer seyn mag; während wir an dasjenige gebunden sind, was wir dem Gegner, zur Feststellung unserer Rechtsverhältnisse, einräumen, wenn es auch, seinem Inhalt nach, nicht glaubwürdig wäre. Worin kann nun der Grund dieser Verschiedenheit liegen, als darin, daß wir im letztern Fall die Absicht hegen, dem Gegner, mit dem wir zu thun haben, etwas einräumen und folglich auch an unser Geständniß gebunden seyn zu wollen; im erstern aber nicht. Daß die Gesetze an einigen Stellen dem Geständnisse als einem Zeugnisse gegen sich, Beweiskraft beilegen [6]), schadet soviel nicht; denn bei den gesetzlichen Bestimmungen kann, ohne daß die Verfasser sich dessen bewußt waren, neben dem wahren unvollkommen angeführten, noch ein anderer und besserer Grund im Hinterhalt liegen [7]). Ja, wir wer-

6) L. 13. C. de non numer. pec. cap. 10. X. de probat. Vermöge des in diesen Stellen angeführten Grundes könnte man auch dem außergerichtlichen Geständnisse gegen Dritte volle Beweiskraft nicht versagen.

7) Daß dem also sey, dafür kann zur Bestätigung dienen L. 21. C. de solut.

den hernach sehen, daß, nach den römischen Gesetzen, wenigstens die confessio im römischen Sinn nicht bloß vim probandi hat, sondern wirklich *vim obligandi.* Das angeführte Beispiel läßt sich auf doppelte Art unschädlich machen. Man kann nämlich den Inhalt des Briefes als ein zum Besten des Boten abgegebenes Geständniß ansehen; man kann aber auch sagen, eine solche Benachrichtigung werde wenigstens mit dem Bewußtseyn abgegeben, daß der Gegner davon einen nachtheiligen Gebrauch bei Gericht machen könne; sie könne daher einem animo confitendi abgelegten Geständnisse gleich gelten.

§. 6.

Bedarf es der Annahme eines Geständnisses.

Wer hat nicht davon gehört oder gelesen, daß, nach der Lehre der Alten, der Gegner des Gestehenden das Geständniß annehmen müsse, daß dies aber nicht nöthig sey. Es gilt dies für eine so ausgemachte Sache, daß es Niemanden weiter einfällt, die Frage aufzuwerfen, wie kamen die Alten zu dieser Behauptung [1]).

Die ich darüber gelesen, berufen sich darauf, das Geständniß müsse in Gegenwart des Gegners abgelegt werden, des Gegners oder seines Stellvertreters. Allein, aus dem, was von der *praesentia* des Gegners bei der

1) Die Alten sagten, das Geständniß müsse angenommen werden, und ehe es angenommen sey, schade es dem Gestehenden nicht. S. *Perez* ad tit. C. de conf. Nr. 15. Doch waren schon die Alten über die Nothwendigkeit der Annahme des Geständnisses nicht einverstanden. So bemerkt *Leyser* (spec. 473. coroll. I.) acceptationem confessionis interpretes passim, jura nullibi desiderant. Rectius ergo *Meier* (in coll. arg. lib. 42. tit. 2. §. 6. Nr. 4.) aliique, confitentem etiam sine acceptatione obligari statuunt.

confessio im römischen Sinn gilt, welche die Kraft eines rechtlichen Urtheils hat, scheint dies nicht mit Sicherheit zu folgen. Denn, das Römische Recht, welches den Grundsatz aufstellt, ein richterliches Urtheil gilt nur, wenn es *inter praesentes* gesprochen ist, wendet diesen Grundsatz auch auf die confessio an [2]), und hat bei der *praesentia*, die zur confessio erforderlich ist, keinen andern Zweck, als eben die Gleichstellung mit der *res judicata,* wie in andern Stücken, also auch in diesem.

Indessen, wenn der dafür angeführte Grund auch nicht haltbar ist, der Satz selbst kann doch richtig seyn. Und in der That scheint er nicht so ganz verwerflich zu seyn, wie man vielleicht im ersten Augenblick zu glauben geneigt ist.

Das Geständniß des einen in Verbindung mit dem Vorwurf des andern, wenn beides nicht einen Vertrag ausmacht, so ist es doch eine dem Vertrage ähnliche Handlung. Der Gestehende willigt ein, daß der Richter das Gestandene für wahr annehmen soll, und diesen Willen hat auch derjenige, zu dessen Besten das Geständniß gereicht. Sie stimmen beide in einer gewissen Behauptung überein, und daß der Richter darnach Recht sprechen soll.

Indessen kann es immer keiner besondern Annahme des Geständnisses von Seiten desjenigen, zu dessen Vortheil es gereicht, bedürfen. Der Gestehende stimmt ja nur in dasjenige ein, was sein Gegner bereits vor ihm behauptet hat, und

2) *L.* 47. *pr. D. de re jud.* De unoquoque negotio, praesentibus omnibus, quos causa contingit, judicari oportet: aliter enim judicatum tantum inter praesentes tenet. *L.* 6. §. 3. *D. de conf.* Si quis, absente adversario, confessus sit: videndum, numquid non debeat pro judicato haberi: quia nec qui jurat de operis, obligatur, nec soleat quis absenti condemnari. Certe procuratorem, tutorem, curatoremve praesentem esse, sufficit.

die Annahme des Geständnisses liegt schon in dem Vorwurf; gleichwie bei Verträgen derjenige, der einen andern um etwas ersucht, das Versprechen im voraus angenommen hat, nach der Regel: Praecedens rogatio vim habere acceptationis intelligitur.

§. 7.

Qui tacet, non fatetur.

Im gemeinen Leben ist man geneigt, wenn Jemand zu Angriffen und Beschuldigungen anderer schweigt, darin ein Geständniß zu finden, daß der andere Recht habe, die Beschuldigung wahr sey. Dieser Schluß, der aus Trägheit wohl selbst da gemacht wird, wo man nur prüfen und urtheilen dürfte, um das Gegentheil zu erkennen, ist namentlich da, wo von Thatsachen die Rede ist, trüglich und daher in der Sphäre des Rechts verwerflich. Das Stillschweigen zu dieser oder jener Behauptung des Gegners, namentlich vor Gericht, schließt kein wahres Geständniß in sich. Wer schweigt, heißt es in einer Regel, die das Römische Recht aufstellt [1]) und das Canonische Recht wiederholt [2]), gesteht nicht, läugnet aber auch nicht. Indessen, da es nun hier darauf ankommt, daß er gestehen soll, um seinen Gegner der Beweislast zu überheben, so ist dies Schweigen dem Läugnen gleich zu achten [3]). Es könnte nur etwa eine Vermuthung dadurch gerechtfertigt werden — eine confessio praesumta — die aber doch auch ihre Bedenklichkeiten hat, weil die streitenden Theile ihre Vorträge gewöhnlich nicht selbst machen, und die wenigstens durch die Gesetze nicht gerechtfertigt wird.

---

1) L. 142. D. de reg. jur.
2) Cap. 44. de reg. jur. in 6to.
3) L. 11. §. 7. D. de interrogat. in jure fac.

Nichts desto weniger behauptet Mevius [4]) quaecunque pars adversa non disputat, vel movet, judex pro confessis habet ac sequitur. Und in dieser Behauptung stimmen mehrere unter den Alten überein. Daß diese Meinung, die unter andern noch Weber [5]) zu bestreiten für nöthig fand, den Gesetzen, nämlich den geschriebenen, nicht gemäß sey, ist außer Zweifel, und dies versteht sich im Grunde von selbst. Allein, das haben auch wohl schon die Alten, zum Theil wenigstens, recht gut eingesehen. Sie leiten ihren Satz aus einer Quelle ab, die, von jener verschieden, allen Streit darüber unnütz macht, nämlich aus der Gewohnheit, die der Rechtsgelehrte zwar mißbilligen kann, während der Richter, wenn sie anders vorhanden ist, sich nicht darüber hinwegsetzen darf. So schreibt *Leyser* [6]): Infinitis certe interlocutionibus opus foret, si quidem ad singula capita, quae partes inter litigandum et disputandum silentio praetereunt, accurata semper responsio exigenda esset. Igitur contrariam regulam *pragmatici in forum introduxerunt, atque constanti usu firmarunt;* scilicet eum, qui in judicio adversarii allegationibus non contradicat, illas fateri censeri. *Nulla est lex, quae regulam hanc firmet,* sed aequitas tamen eam et bonum publicum commendat, et consuetudo, quae optima legum interpres est, tuetur etc. etc.

Diesem nach ist es von gutem Nutzen, wenn die Advocaten am Schlusse ihrer Schriften den Clienten gegen jene aus dem Schweigen abzuleitende Folgerung gehörig verwahren. Man wolle dem Gegner durch Stillschweigen nichts ein-

---

4) P. 2. dec. 248. Nr. 7.
5) Ueber die Verbindlichkeit zur Beweisführung S. 108. — 6) Spec. 473. med. 8.

geräumt haben, sagen sie, auf deutsch oder lateinisch. Am besten ist, wenn sie das gar nicht sagen — es liegt am Ende eine Selbstanklage darin — sondern alles fein ordentlich beantworten, wie es sich von Rechtswegen gebührt, was jene Clausel dann unnöthig macht, und wozu der Richter sie von Amtswegen anhält, nämlich der Richter, wie er seyn sollte. —

§. 8.

Von den Wirkungen eines Geständnisses und zwar zuerst des gerichtlichen.

Ein Geständniß in unserm Sinn kann weiter keine Wirkung haben, als daß der Gegner nicht nöthig hat, das Zugestandene zu beweisen. Das Geständniß überhebt ihn der Beweislast, wenn sie ihm sonst obgelegen hätte, und der Richter nimmt das Zugestandene für wahr an, und legt es bei seiner Entscheidung zum Grunde.

Nur vom Geständniß im römischen Sinn ist es wahr, was die Rechtsgelehrten vom Geständniß überhaupt lehren, daß es einem rechtskräftigen Urtheil gleich zu achten sey. Wer das Verlangen seines Gegners nicht bestreitet, dem Gegner und dem Kampf mit ihm ausweicht, die Klage für gegründet erklärt; — der hat sich selbst verurtheilt, und es ist nicht nöthig, daß der Richter ihn verurtheile [1]). Das Geständniß in diesem Sinn vertritt die Stelle des Rechtsspruchs [2]). Der Gestehende kann auch sein eigenes Geständniß (in diesem Sinn) nicht anfechten [3]); es sey denn, daß er sich in Hin-

1) *L. 25. §. 2. ad leg. Aquil.* — nullae partes sunt judicandi in confitentes.

2) L. 1. L. 6. pr. D. h. t. L. 56. D. de re jud.

3) L. 29. §. 1. D. de donat.

ſicht auf Thatſachen geirrt hat [4]). Wußte er, daß er nicht ſchuldig ſey, ſo iſt er anzuſehen, als einer, welcher ſchenken wollte [5]). Schuldig oder nicht, haftet er nun vermöge ſeines Geſtändniſſes; er haftet, weil er ſich ſelbſt verurtheilt hat; *ex confesso tenetur* [6]). Und gleichwie gegen denjenigen, welcher durch den Richter verurtheilt iſt, die *actio judicati* Statt findet, daß er das Urtheil erfülle, alſo findet gegen denjenigen, der ſich ſelbſt verurtheilt hat, zu gleichem Zweck, die *actio confessoria* Statt, welche als eine perſönliche Klage nur gegen den Geſtehenden und ſeine Erben angeſtellt werden kann [7]). Hat Jemand als Tutor, Curator, Procurator u. ſ. w. das Geſtändniß abgelegt, ſo kann die Partei ſelbſt, für welche das Geſtändniß abgelegt iſt, nur mit der actio confessoria *utilis* belangt werden [8]).

---

4) L. 2. D. de conf.

5) L. 29. §. 1. D. de donat.

6) L. 4. D. h. t. Hat Jemand geſtanden, daß er einen Menſchen getödtet oder verwundet habe, ſo muß dieſer doch wirklich todt oder verwundet ſeyn; er muß auch getödtet ſeyn. L. 23. §. 11. L. 24. L. 25. D. ad leg. Aquil. L. 4. D. de conf. Nur das kann alſo falſch ſeyn, daß er ihn getödtet oder verwundet habe. Es wird mithin immer vorausgeſetzt, daß die That an ſich geſchehen ſey; an dem corpus delicti — würden wir ſagen — darf es nicht fehlen.

7) L. 23. §. 10 et 11. L. 25. §. 2. D. ad leg. Aquil. *Lauterbach* de conf. §. 32. seq.

8) L. 25. §. 1. eod. Die Rechtsgelehrten ſtellen die Sache ſo dar, als beziehe es ſich mit dem römiſchen Rechtsſatz, daß ein gerichtliches Geſtändniß die Kraft eines rechtskräftigen Urtheils habe, und es keiner weitern Verurtheilung desjenigen, der ſich ſelbſt verurtheilt habe, bedürfe, auf den Gebrauch der römiſchen Gerichte, vermöge deſſen der Prätor zur Ausmittelung des facti einen judex beſtellte. Sie unterſcheiden daher 1. die confessio in jure und 2. die confessio in judicio. Nur die erſtere habe die Kraft eines rechtskräftigen Urtheils und jene Regel bedeute, wenn der Beklagte vor dem Prätor das Geſtändniß abgelegt habe, bedürfe es keiner Verurtheilung durch den judex; die letztere habe bloß vim probandi und mache ein Urtheil des Richters nicht unnöthig. Dies letztere ſcheinen ſie nun eben als das geltende Recht anzuſehen. S. *Lau-*

§. 9.

Wirkungen des außergerichtlichen.

Solche Wirkung hat das gerichtliche Geständniß namentlich im römischen Sinn. Nicht ganz so leicht, wie bei diesem, ist es, die Wirkungen des außergerichtlichen anzugeben.

Im allgemeinen kann man sagen, es befreit nicht vom Beweise, so wie das gerichtliche davon befreit; es hat aber Beweiskraft oder unterstützt den Beweis, vorausgesetzt, daß es selbst bewiesen ist.

Die Rechtsgelehrten sagen mit Recht, es komme bei einem Geständniß nicht auf den Ort an, wo es abgelegt ist, sondern auf Absicht und Inhalt. Auch ein außergerichtliches Geständniß

---

terbach c. l. §. 40. seq. Ich glaube, man muß so unterscheiden, wie ich im Text gethan, zwischen dem, was wir unter Geständniß verstehen und der römischen confessio. Die letztere hat auch nach dem neuesten römischen Recht vires rei judicatae, und es gilt davon, auch nach dem neuesten Römischen Recht, alles, was ich im Text angeführt habe. Wäre es anders, wie hätten die Verfertiger der Pandecten alle jene Rechtssätze als geltendes Recht in die Gesetzsammlung aufnehmen können? Wie hätten sie gleich anfangs in dem, dieser Materie gewidmeten Titel der Pandecten den Satz aufstellen können: Confessus pro judicato est, qui quodammodo sua sententia damnatur, wobei das *in jure* wahrscheinlich mit Absicht weggelassen ist. In dem ganzen Titel der **Pandecten** ist von jenem Unterschiede weiter nicht die Rede. Nur in der Lex un. C. de conf. ist das *in jure* wahrscheinlich aus Unachtsamkeit stehen geblieben. Das Aufhören der Sitte, einen judex zu bestellen, hat in dieser Hinsicht keine Veränderung hervorgebracht; es scheint die Lehre von der confessio und deren Wirkungen auch unabhängig von jener Sitte zu bestehen. Wer gesteht, macht weitere Untersuchung und Fällung eines Urtheils unnöthig, sey es durch den Prätor, sey es durch den judex. Wozu bedarf es eines Urtheils, daß Jemand schuldig sey, wenn darüber gar kein Streit ist. Ein Urtheil setzt, schon seinem Begriffe nach, einen Streit voraus, den der Richter dadurch entscheidet. Lassen wir also den judex nur ganz bei Seite, und sparen wir unsere Gelehrsamkeit für Fälle, wo sie nöthig ist. —

niß mache allen Beweis, wenn es an dem animus confitendi nicht fehle; der ganze Beweis der Urkunden beruhe auf der Beweiskraft der Geständnisse [1]). Indessen kommt es hier darauf an, gehörig zu unterscheiden:

1) Der Gestehende hat demjenigen selbst, mit dem er zu thun hat, etwas eingeräumt, und zwar so, daß man sieht, daß er hieran gebunden seyn wolle; dann hat das Geständniß ohne Zweifel Beweiskraft. Namentlich gehört hieher, wenn bei Verträgen gewisse Thatsachen, als geschehen, zum Grunde gelegt worden, in Folge deren der Gestehende eine Verbindlichkeit auf sich nimmt, oder eine frühere für getilgt erklärt. Es kann dies auch wohl mündlich geschehen; nämlich auch bei einem mündlichen Geständnisse kann, außer dem Geständnisse an sich, auch der animus confitendi sich offenbaren, z. B. wenn das Geständniß vor Zeugen, die zu diesem Ende berufen worden, abgelegt wäre. Gewöhnlich wird es schriftlich geschehen. Nur der letztern Art gedenken die römischen Gesetze. Sie lehren, daß einem außergerichtlichen, in Schriften abgegebenen Zeugniß gegen sich völlig zu trauen und selbiges an und für sich unwiderruflich sey, und dabei ist von solchen Fällen die Rede, wo gegen den Gläubiger der Schuldner sich zu gewissen Verbindlichkeiten bekennt, und es wird dabei vorausgesetzt, daß die causa debendi angegeben ist [2]).

---

1) v. Tevenar Theorie der Beweise S. 76. Danz Grundsätze des ord. Proc. §. 292. Zum Theil gehört hieher auch Weber über die Verbindlichkeit der Beweisführung S. 56. folg.

2) *L.* 25. §. 4. *D. de prob.* Sed haec, ubi de solutione indebiti quaestio est. Sin autem cautio indebite exposita esse dicatur, et indiscrete loquitur: tunc eum, in quem cautio exposita est, compelli debitum esse ostendere; quod in cautionem deduxit, nisi ipse specialiter, qui cautionem exposuit, causas explanavit, pro quibus eandem conscripsit, tunc enim stare eum oportet suae confessioni: nisi evidentissimis probationibus in scriptis habitis osten-

2) Eine ganz andere Bewandniß hat es mit dem außergerichtlichen Geständnisse, was gegen einen Dritten abgelegt wird.

Ein Geständniß vor Gericht oder außergerichtlich zur Feststellung von Rechtsverhältnissen abgelegt, hat beides, innere Glaubwürdigkeit in einem hohen Grade und die Absicht, dem andern etwas einräumen zu wollen; dem außergerichtlichen gegen Dritte fehlt beides; die innere Glaubwürdigkeit zwar nicht ganz, doch ist sie in einem geringern Grade nur vorhanden; und sie beruht oft nur darauf, daß von diesen Umständen Niemand besser unterrichtet seyn konnte, als der, welcher spricht, weil sie ihn selbst angehen.

Was man außergerichtliches Geständniß nennt, besteht oft bloß darin, daß Jemand von freien Stücken, etwa im Lauf eines Gespräches, eine Aeußerung fallen läßt, die, ihrem Inhalt nach, von der Art ist, daß ein anderer im Proceß gegen ihn sie sich zu nutze machen kann, um darauf gewisse Ansprüche zu bauen, wiewohl derjenige, von dem sie herrühren, vielleicht gar nicht daran gedacht hat, daß ein anderer diesen Gebrauch davon machen werde, er also auch in der Wahl der Ausdrücke gar nicht auf seiner Hut gewesen ist. Dergleichen

---

dere paratus sit, sese haec indebite promisisse. *L.* 13. *C. de non num. pec.* Generaliter sancimus, ut, si quid scriptis cautem fuerit, pro quibusdam pecuniis ex antecedente causa descendentibus, eamque causam specialiter promissor edixerit, non jam ei licentia sit causae probationem stipulatorem exigere, cum suis confessionibus acquiescere debeat: nisi certe ipse e contrario per apertissima rerum argumenta scriptis inserta, religionem judicis possit instruere, quod in alium quenquam modum, et non in eum, quem cautio perhibet, negotium subsecutum sit. Nimis enim indignum esse judicamus, quod sua quisque voce dilucide protestatus est, id in eundem casum infirmare, testimonioque proprio resistere. — *Cap.* 14. *X. de fide instrum.*

freiwillige Aeußerungen oder sogenannte Geständnisse können, gestanden oder bewiesen, wenig beweisen. Der Gestehende kann sich auf mancherlei Art ausreden; er kann sagen, diese Aeußerung sey ihm im Lauf des Gespräches aus Uebereilung entfahren, er habe nur gescherzt, den andern zum besten gehabt, groß sprechen wollen, er habe sich geirrt, nicht recht besonnen u. s. w. Aber, es bedarf aller dieser Entschuldigungen oder Umwege nicht. Er kann geradezu sagen, er habe die Unwahrheit geredet, wiewohl er den Verdacht verstärkt, er rede sie jetzt, wenn er die Sache nicht auf gute Art zu entschuldigen weiß. Eine Aeußerung oder ein sogenanntes Geständniß dieser Art ist nicht bindend; der Gestehende hat das Gestandene seinem Gegner nicht, zur Feststellung ihrer Rechtsverhältnisse, einräumen wollen; es fehlt der animus confitendi. Der Gestehende hat daher nicht nöthig, das Gestandene als eine ausgemachte Wahrheit gegen sich gelten und seine Rechtssache darnach beurtheilen zu lassen, kurz, er kann ein solches Geständniß widerrufen, ohne nöthig zu haben, das Gegentheil zu beweisen. Ja, er widerruft es schon dadurch, daß er, ohne Rücksicht auf jenes Geständniß, den Satz selbst, wovon die Rede ist, läugnet.

Insofern aber ein außergerichtliches Geständniß, oder, was man so nennt, immer ein Zeugniß in sich schließt, was der Gestehende gegen sich selbst ablegte, hat es an sich Glaubwürdigkeit, die auch dadurch nicht vernichtet wird, daß der Gestehende bei Gericht das Gegentheil behauptet. Der Grad dieser Glaubwürdigkeit ist nach Verschiedenheit der Fälle sehr verschieden, und daher nach den jedesmaligen Umständen abzumessen. Völlige Beweiskraft ist dem außergerichtlichen Geständniß gegen Dritte niemals beizulegen; es kann nur mehr oder minder zum Beweise beitragen. Hat der streitende Theil von

dem Geständnisse gehört und erst dann die Klage erhoben, oder erst dann bei Gericht davon Gebrauch gemacht, so wird dies weniger in Betrachtung kommen, als wenn Vorwurf und Geständniß zusammen treffen, ohne daß jener von dem Geständniß gewußt hat. Mehr wird in Betrachtung kommen, was Jemand auf Andringen des andern widerstrebend, mit Schaam u. s. w. bekannt, als was er beiläufig erwähnt hat. Was Jemand zu dritten Personen gesprochen hat, wird weniger beweisen, als was er ihnen geschrieben hat.

Wiederholung wird die Glaubwürdigkeit des Geständnisses oder vielmehr seines Inhalts sehr verstärken; aber volle Beweiskraft ihm mittheilen, wie Leyser behauptet [3]), und das Recht zum Widerruf ausschließen, kann, nach meinem Ermessen, Wiederholung nicht. Gleichwie es beim gerichtlichen Geständnisse der Wiederholung nicht bedarf, damit der Inhalt für wahr angenommen werde; also reicht beim außergerichtlichen auch selbst Wiederholung nicht hin, ihm Beweiskraft zu verschaffen. Die Beweiskraft des Geständnisses entspringt aus anderer Quelle, als aus der innern Glaubwürdigkeit, und auch selbst diese ist beim außergerichtlichen, und dabei wiederholten, nicht in einem so hohen Grade vorhanden, wie beim gerichtlichen, obgleich einfachen.

§. 10.

Das Geständniß schadet und nützt keinem Dritten.

Zu seinem eigenen Schaden kann der Gestehende, soviel er will, gestehen, nicht zum Schaden eines Dritten.

Betrachten wir das Geständniß als Aussage über etwas

---

3) Spec. 473. med. 7.

was geschehen, oder nicht geschehen ist, so hat es nur eigene Handlungen des Gestehenden zum Inhalt, und ist nur glaubwürdig gegen den, welcher gesteht. In Beziehung auf einen Dritten ist es kein Geständniß, sondern ein unbeeidigtes Zeugniß [1]).

Betrachten wir das Geständniß als Willenserklärung, so versteht es sich ebenfalls von selbst, daß Jemand nur für sich selbst erklären kann, was für wahr gelten soll, nicht in Beziehung auf einen Dritten; und daß kein Dritter an seine Willenserklärung gebunden ist [2]).

Ist endlich von der confessio im römischen Sinn die Rede, so ist auf diese, da sie einem richterlichen Urtheil gleich steht, die Regel anwendbar: res inter alios judicata tertio nec nocet, nec prodest [3]).

Die Regel, daß ein Geständniß dem Dritten nicht nachtheilig, leidet folgende Ausnahmen:

1) wenn der Dritte ein solcher ist, welcher durch die Handlungen des Gestehenden gebunden wird, also beim successor universalis;
2) wenn durch das Geständniß einer Sache eine gewisse Eigenschaft beigelegt wird, und ein Dritter in der Folge Besitzer und Eigenthümer derselben Sache wird, also beim successor singularis [4]).

Gleichwie nun das Geständniß einem Dritten nicht nach-

---

1) L. 3. §. 1. D. de Senatuscons. Silan. Bülow und Hagemann pract. Erörterungen. Theil 1. Erört. 24. §. 4.

2) L. 74. D. de reg. jur.

3) L. 63. pr. D. de re jud.

4) Die Rechtsgelehrten unterscheiden hier, ob das Geständniß abgelegt sey ante successionem oder post eam; im erstern Fall schade des Vorgängers Geständniß, im zweiten nicht. *Lauterbach* de conf. §. 26. *Struv* syntagma jur. civ. tit. de conf. §. 26. not. a. Nun das versteht sich wohl von selbst.

theilig ist, also nützt es ihm auch nicht. Confessio nocet confitenti, tertio nec nocet nec prodest. Nämlich ein Dritter kann es sich nicht in der Art zu nutze machen, daß der Gestehende den Inhalt des Geständnisses auch gegen ihn, den Dritten, als wahr gelten lassen müßte.

Wenn also Jemand mit einem Andern im Proceß verwickelt war, und diesem bei Gericht einen gewissen Satz zugestanden hat, so kann ein Dritter, der mit dem Gestehenden in einen neuen Proceß verwickelt wird, sich nicht auf dies Geständniß berufen, um sich dadurch von der Beweislast frei zu machen. Was unser Gegner in einem andern Proceß einem andern zugestanden hat, das hat er uns nicht zugestanden. Ein streitender Theil konnte besondere Gründe haben, dem einen etwas zuzugestehen, was er dem andern nicht einräumen will. Selbst ein wirkliches in einem andern Proceß abgelegtes Geständniß kann dem Gestehenden nicht schaden, noch weniger läßt sich dies von einer jeden Anführung behaupten, die ein streitender Theil in einem andern Proceß gegen einen andern von sich gegeben hat, und ihm dort vielleicht vortheilhaft war. Aber in welcher Gestalt die Aussage auch erscheinen mag, der Gestehende kann immer sagen, was er dort behauptet habe, verhalte sich nicht so; er habe mit dem andern darüber nur nicht streiten wollen, es sey in jenem Streit darauf so sehr nicht angekommen u. s. w.; er hat keinesweges nöthig, das im andern Proceß Zugestandene oder Behauptete gegen sich gelten zu lassen; ein Geständniß dieser Art kann er auch ohne Irrthum zurücknehmen. Kurz, es gilt von diesem gerichtlichen Geständniß, was von einem außergerichtlichen gegen einen Dritten gilt. Es befreit nicht vom Beweise, beweiset nicht (völlig), unterstützt den Beweis [5]).

5) Daß ein Geständniß dem Ge- | stehenden nur in Hinsicht auf sei-

§. 11.

Widerruf des Geständnisses.

Ich habe schon gesagt, der Natur der Sache nach giebt es keinen Grund, der uns an unser Geständniß binden sollte, daß wir es nicht zurücknehmen könnten. Jedes Geständniß ist widerruflich. Widerrufen können wir nur nicht ein Geständniß, was in der Art abgelegt ist, daß wir daran gebunden seyn wollten; es steht uns also nicht frei, das für falsch zu erklären, was wir dem Gegner zur Feststellung von Rechtsverhältnissen vor Gericht oder außergerichtlich eingeräumt haben, es sey denn, daß es auf Irrthum beruht, was, wenn er es behauptet, der Gestehende zu beweisen hat.

Zuvörderst kann widerrufen werden das gerichtliche Geständniß.

Zunächst in Beziehung auf die confessio im römischen Sinn steht geschrieben:

Non fatetur qui errat, nisi jus ignoravit [1]).

Indessen ist kein Grund vorhanden, diesen Grundsatz als etwas ihr Eigenthümliches auf die confessio im römischen Sinn zu beziehen, für dessen Allgemeinheit vielmehr auch andere Stellen sprechen.

L. 7. C. de juris et facti ign. Error facti necdum finito negotio nemini nocet, nam causa decisa velamento tali non instauratur [2]).

Der Irrthum muß also, ehe der Streit beendigt ist, zur Sprache gebracht werden, mithin entweder vor dem Urtheil

---

nen jetzigen Gegner, nicht aber in Hinsicht auf Dritte nachtheilig sey, dafür spricht auch L. ult. D. de interr. in jure fac. ibique glossa.

1) L. 2. D. de conf.

2) S. auch c. 3. X. de conf.

oder durch Anwendung eines zuverlässigen Rechtsmittels, so lange ein solches übrig ist. Ist hingegen der Streit völlig beendigt, so ist selbst auf dem Wege der prätorischen restitutio in integrum der Fehler nicht zu verbessern. Diese kann gegen rechtskräftige Urtheile nachgesucht werden, z. B. wegen minderjährigen Alters [3]), nicht aber wegen eines bloßen im Lauf des Processes begangenen Irrthums [4]).

Man muß auch nicht mit einander verwechseln

1) das beneficium restitutionis gegen ein abgelegtes Geständniß, wozu persönliche Verhältnisse des Gestehenden Gelegenheit geben, als namentlich minderjähriges Alter, und

2) Widerruf des Geständnisses wegen Irrthums.

Beides wird im Canonischen Recht gut unterschieden [5]).

---

3) Tit. C. si adv. rem jud.

4) *Pufendorf* obs. jur. un. tom. I. obs. 57. tom. II. obs. 47. Weber über die Verbindlichkeit zur Beweisführung S. 86. 87. bemerkt: Ist die Sache schon rechtskräftig entschieden, so kann der Widerruf natürlich nur insofern Statt finden, als er mit gerechten Ursachen der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die eingetretene Rechtskraft sich unterstützen läßt.

5) Im cap. 2. X. de rest. in int. in 6to heißt es: Si adversus confessionem in judicio a se factam, laesa ecclesia beneficium restitutionis in integrum intra quadriennium, ab ipsius confessionis tempore computandum, petere negligenter omittat, non est (nisi aliquid rationabile adpareat, quod aliud suaserit faciendum) ad hoc petendum ulterius admittenda. Ubi vero *per viam communem revocationis erroris*, quem in facto praetendit, vult adversus suam confessionem ecclesia se juvare, hoc quandocunque poterit, donec negotium sit finitum.

Dieser Stelle Sinn erklärt sich leicht. Die Kirche kann exemplo minorum bloß wegen ihrer Persönlichkeit oder weil sie Kirche ist, gegen das abgelegte Geständniß intra quadriennium Restitution nachsuchen; will sie aber ein Geständniß wegen Irrthums widerrufen, so muß sie dies thun, wie jeder andere, der ein Geständniß widerruft, ehe der Proceß beendigt ist. Die ganze Entscheidung ist durchaus dem Civil-Recht gemäß, und zeigt die gute Kenntniß desselben; bestätigt dabei das im Text Vorgetragene.

Widerrufen können wir ferner

2) das außergerichtliche Geständniß, was wir unserm Gegner zur Feststellung von Rechtsverhältnissen abgelegt haben, wenn es auf Irrthum beruht. Wenn wir also gewisse Verbindlichkeiten übernommen haben, und der Grund, nämlich die Thatsachen, worauf diese Uebernahme beruht, falsch sind, ohne daß wir es wußten, so sind wir daran nicht gebunden, und es findet der Widerruf des Geständnisses ohne Zweifel Statt [6]).

Ein außergerichtliches Geständniß gegen einen Dritten ist ohne allen Unterschied widerruflich.

§. 12.

Fortsetzung.

Beweis des Irrthums beim Widerruf.

Weber scheint zu glauben für den, welcher ein Geständniß widerruft, sey es genug, das Gegentheil dessen zu beweisen, was er aus Irrthum gestanden hat [1]). Allein, dieser Beweis des Gegentheils macht nur einen Theil des Beweises aus, der ihm obliegt.

Wer ein Geständniß widerruft, muß, daß er im Irrthum gewesen, beweisen. Nach Römischem Recht scheint er bloß das Gegentheil beweisen zu müssen [2]). Allein, das Canonische Recht lehrt ausdrücklich, er müsse den Irrthum be-

6) L. 25. §. 4. D. de probat. (S. oben §. 9. not. 2.) L. 13. C. de non num. pec. (Ebendaselbst.) Cap. 14. X. de fide instrument.

1) Er bemerkt nämlich a. a. O. S. 87.: „Dem, der aus Irrthum etwas Unwahres als wahr bekannt hat, muß es, der Regel nach, solange die Streitsache noch nicht rechtskräftig entschieden ist, frei stehen, das Bekenntniß wieder aufzurufen, wenn er selbst durch Beweis des Gegentheils den behaupteten Irrthum darthun will."

2) L. 23. §. 11. D. ad leg. Aquil.

weisen. *Cap. 3. X. de conf.* — — Cum igitur, negotio nondum finito, nemini noceat error facti, mandamus, quatenus, *si de hujusmodi potuerit errore docere*, provideas, ut nullum sibi super hoc praejudicium generetur. Den Widerruf hat das Canonische Recht, wie man sieht, aus dem Römischen Recht entlehnt, den Beweis des Irrthums hinzugesetzt.

Dazu gehört zweierlei:

1) daß das Zugestandene nicht wahr gewesen,

2) daß der Gestehende es für wahr gehalten.

Beweiset er bloß das Gegentheil, so hat er bloß bewiesen, daß das Object mit der Vorstellung, die er andern davon machte, nicht aber, daß sie mit seiner eigenen nicht übereinstimmte; er hat bloß dargethan, daß die Sache sich anders verhielte, nicht, daß er im Irrthum war. Den Irrthum muß er sogar recht eigentlich beweisen; daß er aber das Gegentheil beweisen muß, rührt daher, daß das Eine von dem Andern sich nicht trennen läßt. Man kann nicht sagen, daß er sich geirrt habe, wenn nicht die Vorstellung, die er sich machte, wirklich falsch gewesen [3]).

Was ich hier vom Beweise, welcher demjenigen obliegt, der ein Geständniß widerruft, sage, bezieht sich auf das gerichtliche Geständniß. Beim Widerruf des außergerichtlichen kommen die Grundsätze zur Anwendung, welche aus der Lehre von der condictio indebiti bekannt sind, und sich auf den Beweis beziehen, den derjenige zu führen hat, welcher

---

3) Wenn Weber geirrt hat, so ist er sich doch selbst getreu geblieben; denn es stimmt seine hier geäußerte Meinung mit seinen sonstigen Grundsätzen überein. In der Abhandlung de usuris indebite solutis §. 22. in fine stellt er mit andern den Grundsatz auf: Probato indebito, error praesumitur etc.

sich indebite verbindlich machte. Nämlich, es ist zu unterscheiden, ob sich Jemand nur im Allgemeinen als Schuldner bekannt hat; dann liegt dem Gläubiger ob, das wirkliche Daseyn der Schuld zu beweisen; oder, ob er zugleich den Grund, woher die Schuld rührt — die causam obligandi — angegeben; dann, nur dann fällt in diesem Fall die Last des Beweises auf den Gestehenden; er muß beweisen, daß er sich *indebite* verbindlich gemacht habe.

Muß aber auch dieser beweisen, daß ihm die Kenntniß der Wahrheit gefehlt oder der Gegner, wenn er es behauptet, daß er sie gehabt habe, muß jener den Mangel der Kenntniß oder dieser das Vorhandenseyn beweisen? Es scheint, jener brauche bloß zu beweisen, daß er sich *indebite* verbindlich gemacht habe. Dem Gegner gebühre es, zu beweisen, daß jener von der Wahrheit unterrichtet gewesen und also animo donandi gehandelt habe. Die hieher gehörigen Stellen der Pandecten und des Codex besagen bloß, daß jener nöthig habe, zu beweisen, *se indebite promisisse* [4]). Irrthum und Unwissenheit braucht er, wie es scheint, nicht zu beweisen; vom Irrthum oder Unwissenheit steht ja nichts in dem von Paulus u. s. w. festgesetzten *thema probandum*. Wenn ein Richter den Beweis festsetzt, so richtet man sich darnach und verlangt vom Beweisführer keinen weitern Beweis, als den der Richter ihm vorgeschrieben hat. Nun, das Gesetz ist hier dieser Richter. —

Aber — vorausgesetzt wird Irrthum doch auch hier; nicht der bloße Umstand, daß er, ohne dazu schuldig zu seyn, etwas versprochen, befreit den, welcher gestand, von der

---

4) L. 25. §. 4. D. de prob L. 13. C. de non num. pecunia.

einmal übernommenen Verbindlichkeit, sondern, daß er aus Irrthum ein indebitum zu zahlen versprochen hat [5]).

Gleichwie nun Irrthum vorausgesetzt wird, also muß auch Irrthum durch die gerichtliche Untersuchung ausgemittelt worden seyn, und bedarf es zu dem Ende einer Beweisführung, so kann dieser Beweis nur den, welcher auf Irrthum seine Behauptung, die ihn frei machen soll von der übernommenen Verbindlichkeit (seine Einrede) stützt, treffen.

L. 6. C. de juris et facti ignorantia.

Si non transactionis causa, sed indebitam, *errore facti*, olei materiam vos Archontico stipulanti spopondisse *Rector provinciae animadverterit*, reddito, quod debetis, residui liberationem condicentes audiet.

Das Einzige, was die Sache zweifelhaft machen kann, ist nur, ob der Beweis des Irrthums nicht in Hinsicht auf die Zurückgabe des bereits auf Abschlag Bezahlten gefordert ist und außerdem vielleicht nicht gefordert wäre. Indessen, wie es hier ausgedrückt ist und zumal das *Spopondisse* voransteht und hervorgehoben ist, muß man es doch wohl auf Beides beziehen.

5) *L. 31. D. de cond. ind.* Is, qui plus, quam hereditaria portio efficit, *per errorem* creditori caverit, indebiti promissi habet condictionem. *L. 3. C. de cond. ind.* Cum et soluta indebita quantitas ab ignorante repeti possit: multo facilius quantitatis indebitae interpositae scripturae condictio competit, vel doli exceptio agenti opponitur. Nur scheint hier, wo bloß etwas versprochen wird, auch juris ignorantia zu entschuldigen, nach der Regel, welche *L. 8. D. de juris et facti ign.* enthält: — Caeterum omnibus juris error in damnis amittendae rei suae non nocet. S. auch *L. 1. pr. D. ut in poss. leg.* Wegen einer Stelle des Codex wird dies zwar einigermaßen zweifelhaft *L. 6. C. de jur. et facti ign.* Allein das „*errore facti*" in dieser Stelle (die weiter im Text folgt) kann *per contingentiam facti* geschrieben seyn; oder auch um die Rückzahlung dessen, was bereits auf Abschlag bezahlt war, zu begründen.

IV.

Die Lehre vom qualificirten Geständniß.

Besteht aus einer Vorrede und zweien Abhandlungen, wovon die erstere zuerst im Jahre 1819 (Archiv für die civil. Praxis, Bd. 2. S. 217. folg.) erschienen ist; die zweite ward geschrieben im März 1827.

Vorwort.

Die Lehre vom qualificirten Geständniß gehört zu den schwierigsten, und nicht bloß zu den schwierigsten, sondern auch zu den wichtigsten im gerichtlichen Verfahren. Wenn eine, ist es diese werth, daß man der Wahrheit mit Eifer nachforsche und sie ganz zu ergründen suche. Schon einmal, vor etwa acht Jahren, habe ich den Versuch dazu gemacht, der mich jetzt nicht mehr befriedigt; gegen manche meiner frühern Behauptungen sind mir späterhin schwere Zweifel auf's Herz gefallen. Daher überwand ich den Widerwillen gegen wiederholte Beschäftigung mit demselben Stoff und machte diese Lehre noch einmal zum Gegenstande ernstlicher Nachforschung. Statt das ältere Werk auf den Amboß zu legen und es umzuschmieden, was bei den veränderten Grundansichten nicht passend zu seyn schien und eine Zerstörung des einmal Geschaffenen zur Folge gehabt haben würde, wobei einem armen Schriftsteller das Herz blutet, habe ich es vorgezogen, neben dem vorigen ein neues zu schaffen. Beide stelle ich hier nebeneinander. Aus der Vergleichung beider wird man wahrnehmen, daß ich in dem neuen Versuch zuvörderst die Meinung der Alten über das qualificirte Geständniß genauer darzustellen gesucht habe. Aus J. H. Böhmer und v. Graffen kannte ich sie früher nur unvollkommen. Sodann habe ich sie stärker zu begründen, zu erweitern, von Auswüchsen zu reinigen gesucht; überhaupt habe ich mich bemüht, diese Lehre, über deren Verworrenheit unter andern Klein klagt, und deren nicht gehörig erkannte Natur zu so vielen Mißverständnissen Gelegenheit gegeben hat, auf's Reine zu bringen, damit sie, die bisher auf schwachen Füßen stand, künftig besser stehen möge. Wenigstens wird man, was

es eigentlich mit dieser Lehre für eine Bewandtniß habe, ihre Stärke, vielleicht auch ihre schwachen Seiten, wenn sie dergleichen hat, künftig besser und leichter erkennen können. Von meinen frühern Ansichten habe ich manche geändert, und das ältere hat Gelegenheit gehabt, das jüngere zu widerlegen, was einem Schriftsteller freilich erträglicher ist, als wenn es von andern geschieht. Besonders wird man sehen, daß ich über den Beweis der Bedingung, sonst unter den Ketzern, in den Schooß der gemeinen Meinung, wenn es auf gute Art geschehen kann, zurückzukehren nicht abgeneigt bin. Ich muß mich zwar auf diese Art selbst Preis geben, indem ich verschiedene Ansichten zu verschiedenen Zeiten bekenne und sie sogar zusammenstelle; — aber, sey es darum, wenn nur die Wissenschaft dadurch gewinnt. Für diese, denke ich, sollen beide Abhandlungen nicht ganz verloren seyn, auch frühere irrige Ansichten nicht, welche, berichtigt, andre von gleichen Abwegen zurückhalten, oder die Wahrheit eindringlicher machen und ihr den Sieg verschaffen können. Mir selbst war es vielleicht nöthig, erst irre zu gehen, um den rechten Weg zu finden; ich mußte mich durch den Irrthum zur Wahrheit durcharbeiten. Vielleicht wird es sogar einzelne geben, die zwar den Irrthum, auch wohl in der Mehrzahl, zugeben, aber über den Ort, wo er zu finden ist, verschieden denken und unter den entgegengesetzten Ansichten der frühern den Vorzug geben werden. Ich selbst — behalte mir alle rechtlichen Zuständnisse vor, d. h. meine Meinung noch einmal zu ändern, die frühere wieder aufzunehmen, die aufgenommene wieder aufzugeben u. s. w. Denn jetzt bin ich von dieser Meinung eingenommen, ja ich glaube fast, die Sache sey nun auf's Reine gebracht; werde ich aber immer so denken, können nicht andre Ideen in mir aufkeimen? — Einstweilen bitte ich die ältere Abhandlung in den abweichenden Ansichten als die rationes dubitandi anzusehen; die neuere als die rationes decidendi. —

1.

I.

Confessio qualificata, frühere Ansicht des Verfassers.

Wenn die neuern Rechtsgelehrten lehren, es komme in dieser Materie darauf an, zu erforschen, was zur Begründung der Klage, Einrede u. s. w. gehöre, ob nämlich dieses durch das qualificirte Geständniß zum Theil bestritten — oder ob es gänzlich zugestanden und durch die Behauptung, wodurch das Geständniß beschränkt wird, die an sich gegründete Klage, Einrede u. s. w. zerstört werden soll; — so war dies im Grunde auch schon die Meinung der ältern Rechtsgelehrten. Auch sie nahmen Rücksicht darauf, ob das qualificirte Geständniß von der Art sey, daß eine Verneinung des Grundes der Klage, Einrede u. s. w. darin enthalten, oder ob die Limitation eine Einrede u. s. w. von Seiten desjenigen, der das qualificirte Geständniß ablegt, involvire. Im ersten Fall, oder wenn, nach ihnen, das Geständniß und die angehängte Limitation aus capitibus connexis bestand, fanden sie, daß durch das Geständniß der Kläger u. s. w. vom Beweise nicht befreit sey, während sie im letztern Fall, oder wenn das qualificirte Geständniß, wie sie sich ausdrücken, capita separata enthielte, dem Beklagten den Beweis der Limitation, als der von ihm vorgeschützten Einrede u. s. w. aufbürdeten. Besonders treffen auch jene ältern Rechtsgelehrten mit den neuern, wenn es zur Anwendung kommt, oder in den Beispielen, die von ihnen für den einen oder andern Fall aufgeführt werden, und deren Entscheidung genau zusammen. Ich beziehe mich in dieser Hinsicht besonders auf Just. Henning Böhmer,

welcher als das Haupt der vermeintlich anders denkenden Rechtsgelehrten angeführt zu werden pflegt, und das, was er in 2 kurzen Paragraphen, mit seiner gewöhnlichen Klarheit, über das qualificirte Geständniß lehrt [1]), so wie auch von Graffen, der in seiner Dissertation [2]), wie er selbst sagt [3]), Böhmers Spuren vor allen andern folgt.

Indessen scheint doch ein Unterschied zu seyn und dieser darin zu bestehen, daß jene die Regel geben:

Confessio qualificata, continens capita connexa, non est dividenda, sed vel tota acceptanda, vel tota rejicienda.

Die neuern hingegen, indem sie dieses berichtigen wollen, lehren, ein Geständniß sey theilbar, oder vielmehr, es könne das Geständniß von dem beschränkenden Zusatze, von welcher Art dieser auch seyn möge, unter allen Umständen getrennt werden. Was wirklich zugestanden worden, könne der Kläger als ausgemacht annehmen, z. B. daß ein Vertrag geschlossen sey, und es komme nur darauf an, ob der Beklagte die angehängte Limitation, z. B. daß der Vertrag unter Bedingung geschlossen sey, oder ob der Kläger das Gegentheil zu beweisen verbunden sey, und bei der Entscheidung dieser Frage sey dann jener Unterschied zwischen dem, was zur Begründung der Klage u. s. w. gehört — und demjenigen, was als Einrede u. s. w. anzusehen, in Betrachtung zu ziehen.

Allein, ich zweifle sehr, ob es jemals die Meinung der ältern Rechtsgelehrten gewesen, als müsse, im Fall eines qualificirten Geständnisses, der Kläger u. s. w. auch das wirklich Zugestandene beweisen. So wörtlich scheinen sie jene Regel

1) Jus eccl. Prot. lib. 2. tit. 18. §. 2 et 3.

2) De confessione qualificata. Götting. 1769. — 3) §. 6.

nicht genommen zu haben. Sie wollten damit nur sagen, der Kläger müsse bei capitibus connexis, ungeachtet des Geständnisses, beweisen — nämlich, er müsse einen auf Ausschließung des beschränkenden Zusatzes gerichteten Beweis führen. Zwar, es mag seyn, daß jene Regel hin und wieder mißverstanden worden, daß manche wirklich dafür halten, der Kläger müsse das Geständniß des Beklagten in seinem ganzen Umfange annehmen, oder es in seinem ganzen Umfange verwerfen, nämlich er müsse alles beweisen, was zur Begründung der Klage u. s. w. gehöre, auch den zugestandenen Theil mit, wie dies deutlich von Danz [4]) gelehrt wird; aber diejenigen, durch welche die Lehre ursprünglich ausgebildet ward, möchten ihre wahre Meinung in diesem Theorem schwerlich wieder erkennen. Nur in der Hinsicht läßt ein qualificirtes Geständniß, was aus capitibus connexis besteht, keine Theilung zu, daß der Kläger, indem er das Vortheilhafte heraushebt, seinem Gegner den Beweis der angehängten Limitation aufbürden kann. Böhmer hebt gleich damit an: Porro alia confessio est simplex, alia qualificata. Haec dicitur, quae adjectam qualitatem habet, circa quam dubium incidit, an talis confessio pro parte possit acceptari et pro parte repudiari, ad hunc videlicet effectum, ut, reo hoc modo confitente, actor non teneatur amplius probare, sed reo potius probatio illius qualitatis incumbat?

Auch aus dem, was er weiterhin lehrt, besonders aus der von ihm gebilligten Form des in einem solchen Fall zu fällenden Urtheils [5]), geht hervor, wie seine Meinung nur da-

4) Grundsätze des ord. Proc. §. 297.

5) a. a. O. §. 2. am Schlusse.

hin gegangen, daß ein qualificirtes Geständniß der angeführten Art den Kläger nicht gänzlich vom Beweise befreie. Und wenn es z. B. heißt, im Fall der Beklagte das Versprechen zugesteht, aber dabei behauptet, er habe sich nur unter Bedingung verbindlich gemacht, müsse der Kläger das unbedingte Versprechen, als den wahren Grund seiner Klage darthun, so ist damit gerade nicht gesagt, als müsse der Kläger beweisen, einmal das Versprechen selbst und zweitens die Unbedingtheit desselben. Bei der behaupteten Verbindlichkeit zum Beweise eines unbedingten Versprechens soll der Nachdruck der Rede bloß auf dem Beiworte: unbedingt, ruhen und es wird m. a. W. nichts anders ausgesagt, als der Kläger müsse beweisen, daß bei dem ihm geleisteten Versprechen von keiner Bedingung die Rede gewesen. Hätte es auch einem Böhmer wohl entgehen können, wie seltsam die Lehre von der Untheilbarkeit eines qualificirten Geständnisses im wirklichen Verstande an und für sich sey, und welche Folgen in der Anwendung daraus abgeleitet werden könnten? Es wäre hier dem Kläger, wenn er den zugestandenen Theil mit beweisen sollte, ganz unnützerweise ein Beweis aufgebürdet, dessen es gar nicht bedurfte, und der ihm, sollte er dennoch geführt werden, gar nicht fehlschlagen konnte, wenn er anders selbst nur wollte. Er durfte seinem Gegner nur den Eid zuschieben über das zu beweisende factum oder vielmehr über diesen Theil des zu beweisenden facti. Hätte der Gegner den Eid wohl schwören können? Und wenn er ihn schwören wollte, in welche Verlegenheit geriethe dann nicht der Richter?

Von von Graffen scheint es schon eher zweifelhaft zu seyn, was er bei jener Regel gedacht habe. Wie er sich gleich anfangs [6]) ausdrückt, sollte man fast glauben, er halte dafür,

6) a. a. O. §. 4. am Ende.

im Fall eines vom Beklagten abgelegten, aus capitibus connexis bestehenden, qualificirten Geständnisses, müsse der Kläger u. s. w. den zugestandenen Theil des facti, worauf seine Klage u. s. w. beruht, mit beweisen. Allein weiterhin [7]) sagt er ausdrücklich: Quamvis vero confessionem qualificatam, si adest limitatio connexa, dividere non liceat, integrum tamen nihilominus est parti adversae, qualitatem confessioni additam refutare, et contrario probato, confessionem deinde absque qualitate acceptare.

Besonders stimmen ältere und neuere Rechtsgelehrten darin überein, und wie bereits schon von Weber bemerkt worden [8]), schon die Glossographen lehrten, daß, wenn der Kläger auf Erfüllung des Vertrages klagt und der Beklagte den Vertrag geschlossen zu haben gesteht, jedoch dabei behauptet, er habe sich nur unter Bedingung verbindlich gemacht und diese Bedingung sey noch nicht in Erfüllung gegangen, dem Kläger der Beweis aufzulegen sey, der Beklagte habe sich rein und unbedingt verbindlich gemacht.

Nämlich es ist bekannt, daß ein Vertrag, der unter Bedingung geschlossen ist, imperfect sey, daß daraus Rechte und Verbindlichkeiten nicht entstehen, so lange die Bedingung nicht in Erfüllung gegangen. Indem also der Beklagte die exceptio pacti conditionati et nodum purificatae conditionis vorschützt, bestreitet er das Daseyn des in Ansprache genommenen Rechts und der ihm obliegenden Verbindlichkeit; er behauptet nicht sowohl ein Factum, wodurch die an sich gegründete Klage zerstört wird, sondern bestreitet vielmehr, daß jemals ein Klagerecht gegen ihn existirt habe. Er läugnet einen Um-

---

7) §. 9. im Anfange.

8) Weber über die Verbindlichkeit zur Beweisführung S. 334. Note 147.

stand, der, wenn auch im Klageschreiben nicht angeführt, doch zur Begründung derselben nothwendig mitgehört. Dies sind etwa die Gründe, weshalb dem Kläger der Beweis der Unbedingtheit des Vertrages aufgebürdet wird. Es versteht sich dies von eigentlich sogenannten oder aufschiebenden Bedingungen. Denn eine auflösende Bedingung hindert die Perfection des Vertrages nicht; daher braucht der Kläger, wenn der Beklagte eine Resolutiv-Bedingung vorschützt, nicht zu beweisen, daß dem Vertrage keine hinzugefügt sey.

Mir scheint es, diese Theorie, wornach dem Kläger der Beweis aufliegen soll, der Vertrag sey ohne (aufschiebende) Bedingung geschlossen, im Fall der Beklagte das Gegentheil behauptet, sey unhaltbar. Schon Claproth [9]) lehnte sich dagegen auf, doch ohne Erfolg, vielleicht weil er seinen Widerspruch mit zu schwachen Gründen unterstützt hatte [10]). Weber fand leichtes Spiel im Widerlegen und blieb der ältern Theorie getreu.

Nicht das hohe Alter jenes Lehrsatzes, nicht so vieler berühmter Männer Auctorität, denen er wohlgefiel, vielleicht, weil er so wenig alltäglich, bloß der Kunst angehörig, nur ihren Eingeweiheten zugänglich erschien, schrecken mich zurück, zu behaupten, es beruhe damit auf einem verjährten Irrthume.

Ich läugne, daß die Unbedingtheit des Vertrages zur Be-

9) Einleitung in den ord. bürg. Proc. §. 217.

10) Schon vor Claproth fehlte es nicht an Einzelnen, die in früherer Zeit die Richtigkeit der gewöhnlichen Theorie bezweifelten. Wenigstens berichtet es von Graffen a. a. O. §. 13., ohne sie namentlich zu nennen. Ihre Gründe waren nach ihm: Confitentem duo affirmare, tam ipsum factum principale, quam limitationem. Ex confessione ipsius facti fundatam esse intentionem adversarii, eumque ideo ad ejus probationem adstringi non posse; in qualitate vero fundamentum aliquod defensionis positum esse, ab eo probandum, qui ad illud provocat.

gründung der Klage gehöre. Nein, das Verlangen des Klägers, der Richter möge den Beklagten anhalten den Vertrag zu erfüllen, wird schon dadurch hinlänglich gerechtfertigt, daß der Beklagte den Vertrag geschlossen und sich gegen den Kläger verbindlich gemacht hat.

Ganz anders ist es, wenn der Beklagte auf Zurückgabe der ihm dargeliehenen Summe belangt wird und er dann einwendet, er habe zwar die eingeklagte Summe empfangen, sie sey ihm aber in Verwahrung gegeben worden, oder der Kläger habe sie aus einem Miethvertrage zu fordern. Dann sagt er m. a. W., ich läugne das Darlehn, und folglich bestreitet er einen Theil desjenigen, worauf die Klage gegründet ist, nämlich den angegebenen Rechtsgrund der Forderung. Oder, wenn der Kläger behauptet, der Beklagte habe ein Haus z. B. für 1000 Thlr. von ihm erkauft, dieser den Handel zugesteht, aber dabei behauptet, daß in dem Handel die Mobilien begriffen gewesen, liegt in dieser Behauptung eine Bestreitung desjenigen, was zur Begründung der Klage gehört, nämlich daß der Beklagte für das Haus oder, was einerlei ist, für das Haus allein 1000 Thlr. als Kaufgeld zu erlegen versprochen. Dem Kläger liegt also der Beweis ob, daß die Schuld aus einem Darlehn herrühre, daß das eingeklagte Kaufgeld für das Haus allein stipulirt sey. (Der letztere Satz ward bekanntlich zuerst von Sibeth auf die Bahn gebracht.) Ja auch in dem Fall, da der Kläger auf Erfüllung eines Vertrages klagt gegen Jemanden, welcher, wie er selbst anführt oder zugesteht, oder nöthigenfalls bewiesen wird, damals unter Vormundschaft stand, oder gegen ein Frauenzimmer, was unter Lübischem Rechte steht, muß er, im Fall es bestritten wird, beweisen, daß der Vormund zu dem Vertrage seine Zustimmung gegeben; denn diese Einwilligung gehört zur Substanz des Geschäftes.

Es ist wahr, auch ein bedingtes Geschäft ist imperfect, so lange die Bedingung nicht in Erfüllung gegangen. Aber es giebt mancherlei Umstände, welche die Einwilligung und das Daseyn einer Verbindlichkeit hindern, deren Nichtvorhandenseyn der Kläger deshalb noch nicht zu beweisen nöthig hat. Wie, wenn der Beklagte einwendet, er sey zur Eingehung des Vertrages durch Betrug verleitet, oder er sey im Irrthum gewesen, der Vertrag sey nur zum Schein geschlossen, oder er habe nur gezwungen eingewilligt, wird wohl jemand seyn, welcher behaupten sollte, der Kläger müsse beweisen, der Beklagte sey nicht betrogen, habe sich nicht geirrt, mit dem Vertrage sey es ernstlich gemeint gewesen, der Beklagte habe mit Freiheit eingewilligt? Oder wird nicht vielmehr jeder sagen, dem Beklagten liege ob, Betrug, Irrthum, Simulation, Zwang zu erweisen [11].

Ja, so ist es; der Kläger hat keineswegs nöthig, die Abwesenheit außerordentlicher Umstände zu erweisen, welche der Gültigkeit des Vertrages im Wege stehen und den Consens hindern können. Weber selbst lehret ja: die Begründung eines Rechtes, einer Forderung, einer Befreiung oder Gegenforderung erheischt nichts mehr, als was zunächst in Beziehung auf dieses Recht oder diese Befreiung, wovon die Rede ist, wesentlich und als Regel vorausgesetzt wird; die Thatsachen, welche hiezu gehören, müssen erwiesen werden, nicht aber außerdem noch die allgemeinen Bedingungen aller Rechte und Verbindlichkeiten überhaupt, die Abwesenheit der Hindernisse, die der Gültigkeit oder Wirksamkeit eines Vorganges entgegentreten können. Der Kläger habe daher, fährt Weber fort,

---

11) L. 6. et 18. §. 1 II. de probat. L. ult. pr. D. quod metus causa.

z. B. nicht nöthig, außer dem Darlehn, Kaufcontract u. s. w. zu beweisen, daß der Beklagte zu der Zeit, da er den Contract geschlossen, großjährig, sanae mentis und überhaupt über das Seinige zu verfügen befugt gewesen [12]). Dieses, dünkt mich, läßt sich auch auf den gegenwärtigen Fall anwenden, und dem Beklagten, welcher zugesteht, daß er sich verbindlich gemacht habe, also das, was an und für sich hinlänglich ist, die Klage zu begründen, gebührt es, das Hinderniß zu beweisen, was der Wirksamkeit des Vertrags entgegensteht, nämlich, daß er sich nur unter Bedingung verbindlich gemacht habe.

Aber ich sehe wohl, auf welchen Fehlern im Ideengange die entgegengesetzte Meinung beruhe.

Einmal raisonnirt man so: Ein bedingter Vertrag ist imperfect, so lange die Bedingung nicht in Erfüllung gegangen; folglich begründet er die angestellte Klage nicht; folglich muß der Kläger beweisen, daß der Beklagte sich unbedingt verbindlich gemacht habe. Das ist eine wunderbare Art zu schließen; vielmehr müßte aus solchen Vordersätzen auf Abweisung des Klägers geschlossen werden.

Zweitens nimmt man als ausgemacht an, was erst zu beweisen ist, nämlich, daß der Vertrag unter Bedingung geschlossen, folglich imperfect sey. Wird denn ein Vertrag deshalb bedingt, folglich imperfect, daß der Beklagte es behauptet? Ein Vertrag ist imperfect, wenn er unter einer (aufschiebenden) Bedingung geschlossen worden; daß er es sey, folgt daraus nicht, daß der Beklagte es vorschützt. Wegen der bloßen Möglichkeit eines solchen Hindernisses kann der Kläger mit keinem Beweise bebürdet werden; der Beklagte muß erst zeigen, daß ein solches Hinderniß wirklich vorhanden sey. —

---

12) Weber a. a. O. S. 242.

Das ist denn auch, beiläufig, der Grund, weshalb das actuelle Vorhandenseyn anderer Umstände als Irrthum, Zwang u. s. w., welche die Einwilligung hindern, derjenige beweisen muß, der sich darauf beruft. Sie hindern die Einwilligung nicht, weil sie möglich, sondern weil sie wirklich waren, und dies vom Beklagten erwiesen worden. — Hat aber der Beklagte erwiesen, daß er sich nur unter Bedingung verbindlich gemacht, dann kömmt die Reihe, zu beweisen, an den Kläger. Ihm gebührt es dann, zu zeigen, daß die Bedingung in Erfüllung gegangen, folglich das Hinderniß, was der Perfection des Vertrages im Wege stand, in der Folge hinweggefallen sey.

Nach der Theorie, die namentlich Weber vorträgt, ist der Kläger verbunden zu beweisen, daß der Vertrag ohne Bedingung geschlossen, der Beklagte aber muß beweisen, daß diese oder jene bestimmte Bedingung dem Vertrage angehängt sey. Allein wer sieht es nicht, daß der letztere Beweis den Beweis in sich schließt, daß der Vertrag überhaupt unter Bedingung geschlossen sey, und daß folglich beide Theile in Ansehung desselben Satzes, zur Beweisführung verbunden erklärt werden. Zwar, die Behauptung, diese oder jene bestimmte Bedingung solle eine Einrede involviren, und folglich würde der Kläger abzuweisen seyn, wenn er den Beweis der Reinheit des Vertrages nicht führte, sollte gleich dem Beklagten der Beweis, daß diese bestimmte Bedingung angehängt worden, mißlungen seyn, nach der Regel: actore non probante, reus absolvitur. Aber es würde hier doch der besondere Fall eintreten, daß der Beweis der Einrede, gleich einem directen Gegenbeweise, auf das reine Gegentheil dessen, was im Hauptbeweise darzuthun ist, gerichtet wäre, nur daß in selbigem dem reinen Gegentheil noch etwas hinzugesetzt würde.

Noch mehr. Wenn dem Kläger ein Theil desjenigen,

was zum Grunde der Klage gehört, abgeläugnet wird, so muß er diesen abgeläugneten Theil beweisen oder den Proceß verlieren. Des Beweises der Einrede bedarf es dann nicht, als welche nur, die an sich gegründete Klage zu zerstören, den Zweck hat. Hier würde es anders seyn. Der Kläger dürfte nur zugestehen, daß der Vertrag bedingt geschlossen, dabei aber läugnen, daß diese bestimmte Bedingung dem Vertrage angehängt worden, als welches das fundamentum excipiendi seines Gegners seyn soll. Dann würde er sich (durch Zugeständniß) vom Beweise frei machen, und die Last desselben seinem Gegner zuwälzen.

Diese Anomalien entspringen aus der Unhaltbarkeit der gewöhnlichen Theorie und — beweisen sie dadurch zugleich.

Wer zweifelt nun noch wohl, daß der Beklagte es sey, welcher, wenn er einwendet, der Vertrag sey unter Bedingung geschlossen, beweisen müsse, daß dem Vertrage von seiner Seite eine Bedingung angehängt worden, als welche, gleich andern Nebenbestimmungen der Verträge, zum Wesen des Vertrages nicht gehört, sondern von außen hinzukömmt.

2.

Confessio qualificata, jetzige Ansicht des Verfassers.

Die Lehre vom qualificirten Geständniß scheint mit der Lehre von der Annahme desselben in einigem Zusammenhange zu stehen; wenigstens tragen die Alten beides in Verbindung mit einander vor. Auch wäre es ein ziemlich natürlicher Ideengang, wenn die Alten, welche behaupteten, ein Geständniß müsse angenommen werden, darauf verfallen wären, zu be-

haupten, es müsse so angenommen werden, wie es gegeben sey; und eben so natürlich, daß sie die Regel einschränkten und zwischen capitibus connexis und separatis unterschieden. Indessen finde ich doch jenen Grund nicht angegeben, und die Lehre vom qualificirten Geständniß scheint davon ganz unabhängig zu seyn.

Wenn Jemand des Gegners Behauptungen zugesteht, jedoch gewisse Einschränkungen hinzufügt, unter denen das Zugestandene nur wahr sey, dann, müsse man, lehrten die Alten, unterscheiden, ob das Zugestandene und die Einschränkung in dem Verhältniß zu einander stehen, daß beide zusammen gehören, beide an einander hängen, so daß sie nur Eine Thatsache, Einen actum continuum ausmachen [1]), oder, ob sie aus trennbaren Theilen bestehen, verschiedene, nicht so enge zusammenhängende Thatsachen darin enthalten sind; ob also das Geständniß, wie sie sich ausdrückten, aus capitibus connexis, oder, ob es aus capitibus separatis besteht. Es sind aber diejenigen Thatsachen an einander hängend oder capita connexa, welche sich gleichzeitig oder doch sogleich nach einander zugetragen haben; hingegen sind capita separata, welche sich zu verschiedenen Zeiten zugetragen haben, oder, wenn sie auch unmittelbar auf einander folgten, doch nicht von der Art sind, daß sie einander näher bestimmen oder einschränken [2]). Ein qualificirtes Geständniß, was

---

1) Sehr gut drückt Voet sich darüber aus ad Dig. tit. de conf. §. 5. Si omnia confessione comprehensa inter se connexa sint et *unius quasi actus continui factum contineant,* non videtur circa eundem actum admittenda separatio.

2) In hac qualificata confessione distinguendum est, utrum contineat capitula connexa, an vero separata. Connexa dicuntur, quae vel uno tempore simul, vel successive quidem, sed in continenti expediuntur, v. c. promisi, sed sub conditione; sed, in diem, sed sub hoc modo, ut ipse mihi in-

aus capitibus connexis besteht, lehrten sie weiter, müsse man ganz annehmen oder ganz verwerfen [3]); bei demjenigen, was aus capitibus separatis besteht, stehe kein Hinderniß im Wege, weshalb man es nicht theilen, es zum Theil annehmen, zum Theil verwerfen könne.

Namentlich ist das qualificirte Geständniß 1) nicht trennbar, wenn der Beklagte einwendet, er habe sich nur unter Bedingung verbindlich gemacht; aber conditio suspensiva muß es seyn, und sie muß auch gleich Anfangs vorhanden gewesen seyn; der Beklagte muß sich gleich Anfangs nur sub conditione verbindlich gemacht haben. Hingegen ist trennbar:

a) conditio resolutiva;

b) conditio suspensiva ex post facto adjecta [4]).

Ferner ist das qualificirte Geständniß nicht trennbar 2) wenn eine Zeitbestimmung hinzugefügt ist, indem der Beklagte behauptet, er habe sich nur in diem verbindlich gemacht; 3) wenn er behauptet, er habe nur sub modo versprochen u. s. w. [5]). In allen dergleichen Fällen tritt die Regel ein:

---

sulam aedificet. Separata sunt, quae diversis temporibus fiunt, vel quae in continenti quidem sequuntur, unum tamen ad alterius determinationem non facit; aut quae quidem se invicem determinant, non tamen in continenti opponuntur. *Lauterbach* de conf. §. 54.

3) Abgesehen von Stellen des Römischen Rechts, die dafür angeführt werden, mit deren Nachschlagung man sich nur vergebliche Mühe macht, führen sie mancherlei Gründe an, deren Wahrheit dadurch einigermaßen verdächtig wird, daß darüber keine rechte Uebereinstimmung herrscht, sondern fast jeder, den ich darüber gelesen, führt andere Gründe an; so bemerkt z. B. Lauterbach de conf. §. 55. Ne sit in potestate adversarii, eandem rem facere veram et falsam et sic diverso jure censeri. Perez führt als Grund an: quod circa eundem actum non admittatur divisio et in omni prope materia totum acceptari debet aut reprobari, *Perez* ad Cod. tit. de conf. No. 15. Voet ad Dig. tit. de conf. §. 18. iniquum est, commoda quidem admittere, repudiare vero onera eidem cohaerentia.

4) *Voet* c. l. §. 5.

5) *Lauterbach* c. l.

confessio qualificata, continens capita connexa, aut tota acceptanda, aut tota rejicienda, die nur dann eine Ausnahme leidet, wenn in Hinsicht auf den beschränkenden Zusatz eine Rechtsvermuthung gegen den Gestehenden streitet, wie wenn er facta injuriosa, das homicidium u. s. w. eingesteht und den animus injuriandi, occidendi u. s. w. läugnet [6]).

In der That ist diese Lehre nicht ohne Grund. Um hier aber aufs Reine zu kommen, muß man drei Fälle von einander absondern.

1) In vielen Fällen lassen sich der Zusatz und das Zugestandene nun gar nicht scheiden. Dies sind die capita connexa.
2) In andern läßt beides sich zwar scheiden, aber das Zugestandene reicht nicht hin, die Klage oder Schutzrede zu begründen.
3) Wieder in andern bildet der Zusatz selbst eine Einrede.

Diese beiden letztern Fälle sind die capita separata. Gar nicht scheiden läßt sich, was so enge zusammenhängt, daß es nur Eine Handlung ausmacht. Dazu gehört nun, daß es gleichzeitig geschehen; uno actu continuo; der Zusatz muß mit dem Zugestandenen zugleich geworden seyn oder in unmittelbarer Folge ihm anhängen, ehe die Handlung völlig beendigt war, z. B. ich verspreche dir — jedoch unter der Voraussetzung u. s. w. Indessen glaube ich eben nicht, daß alles, was gleichzeitig geschehen, in diesem Zusammenhange stehe. Die Gleichzeitigkeit, welche conditio sine qua non ist, ist für sich nicht hinlänglich, Einheit und Un-

---

6) *Hartmann Pistor* quaest. jur. lib. 4. qu. 16. No. 8. *Lauterbach* c. l. §. 56.

zertrennlichkeit daraus herzuleiten, sondern beides muß zusammen gehören und auch gleichartig seyn. Daher, glaube ich, können geschieden werden:

a) Handlung und gleichzeitige Rede, als eine bloße Begleiterin der Handlung;

b) beides von der Absicht oder dem Zweck der Handlung oder Rede;

c) alle diejenigen Umstände, welche die Einwilligung hindern und nicht in der Rede oder Handlung selbst liegen, als Irrthum, Zwang, Verstellung;

d) die Handlung von ihren Folgen.

(Ohne diese Unterscheidungen wird man hier nicht auf's Reine kommen.)

Der Grund also, weshalb ein Geständniß untheilbar ist, beruht in der (vollkommnen) Einheit der Handlung, welche Gleichzeitigkeit und Gleichartigkeit des Geschehenen voraussetzt; auf der Einheit der Handlung beruht die Untheilbarkeit derselben, und auf der Untheilbarkeit der Handlung die Untheilbarkeit des Geständnisses. — Jedoch dieses scheint noch einer Einschränkung zu bedürfen. Nicht bloße aus Zusammenhang, Gleichzeitigkeit und Gleichartigkeit des Geschehenen herzuleitende Einheit der Handlung scheint hinzureichen, Unzertrennlichkeit des Geständnisses daraus herzuleiten, sondern, die Einheit der Handlung vorausgesetzt, würde man doch weiter unterscheiden müssen, was bei einer Handlung wesentlich ist — und was in bloßen Nebenumständen besteht. Nur, was wesentlich ist, so scheint es, lasse sich nicht scheiden; also namentlich nicht, was die Verbindlichkeit erst hervorbringt, wohl aber, was die Umstände des Orts, der Zeit u. s. w. betrifft, die Verbindlichkeit bloß einschränkt. Im ersten Fall wird geläugnet, daß die Handlung geschehen, ein Rechtsgeschäft überhaupt zu Stande ge-

kommen — im zweiten nur behauptet, daß sie anders gestaltet sey [7]). Kurz, wenn die Parteien in der Hauptsache einig sind, in den Nebenumständen uneinig; da scheint eine Scheidung möglich zu seyn. Eine völlige Unzertrennlichkeit des Geständnisses würde also voraussetzen, daß der beschränkende Zusatz zugleich die Einheit und auch das Wesen der Handlung betrifft.

Aber — alles dieses ist eitel Schein und jener Unterschied zwischen wesentlichen und außerwesentlichen Merkmalen der Handlung nicht entbehrlich, nein, verwerflich. Er kommt in Betrachtung, wenn die Rede ist von den Rechtsverhältnissen der streitenden Theile — nicht aber, wenn von der Scheidbarkeit des Geständnisses. Bei vorhandener Einheit der Handlung läßt sich auch das Außerwesentliche nicht scheiden; wobei es eine andere Frage ist, ob und wieweit die anders gestaltete Handlung geeignet sey, den Beklagten gegen das Verlangen des Klägers zu schützen.

Auf die Einheit der Handlung kömmt alles an. Daß aber auch beim gerichtlichen Vortrage des Geständnisses, auch in der Rede des Gestehenden vor Gericht, das Gestandene und der Zusatz enge verbunden sind, das scheint nicht erforderlich zu seyn, wiewohl die Alten auch dies zur Bedingung machten [8]). Ohne Zweifel ist es genug, wenn beides nur durch die

7) In der That schränken manche Rechtsgelehrte, z. B. Georg Ludwig Böhmer (Princ. jur. can. §. 782.) jene oft erwähnte Regel so ein: confessio qualificata, continens capita connexa, *quae factum ratione existentiae vel valoris concernunt*, ab adversario vel tota est acceptanda, vel tota repudianda, dividi autem nequit; nisi contra adjectam limitationem praesumtio juris militet. Sin continet capita separata, *quae executionem facti concernunt*, pro parte acceptari potest, et pro parte negari. S. auch Danz Grundsätze des ord. Proc. §. 298.

8) S. *Hartmann, Pistor quaest.*

die Handlung zusammenhängt und zur rechten Zeit, in dem Vortrage der Einlassung auf die Klage oder Einrede, in der ersten Antwort des Beklagten oder in der Replik u. s. w., jedoch in demselben Vortrage zur Sprache kommt.

Man hört schon außerhalb des Rechts und Gerichts, bei einem gewöhnlichen Vortrage, die Bemerkung machen, dieses oder jenes sey dem Zusammenhange entrissen und dadurch entstellt. Man fühlt, daß es nicht erlaubt sey, die Rede zu zerstückeln; es gebühre sich, die Rede in ihrer ganzen Vollständigkeit wieder zu geben, weil sonst ein ganz anderer Sinn herauskömmt. Bei einem entgegengesetzten Verfahren kann man sehr nachtheilige Dinge aus den unschuldigsten Aeußerungen durch Hinweglassen zusammensetzen und der Redende müßte immer zugestehen: gesagt habe er das. Man könnte z. B. sagen, es stehe in der Bibel: Es ist kein Gott. Es steht auch darin; es steht aber auch dabei oder vielmehr voran: die Thoren sprechen in ihrem Herzen; — was der Sache freilich ein etwas anderes Ansehen giebt.

Nun ist hier zwar ein etwas verschiedener Fall. Man will nicht Einzelnes dem Zusammenhange entreißen, um den Gestehenden darnach zu verurtheilen, sondern nur, um ihm die Last aufzubürden, das Uebrige zu beweisen. Aber dieses scheint, wenn nicht gleich, doch auch unerlaubt zu seyn. Wir werden dies am besten erkennen, wenn wir einzelne Hauptfälle, da Geständniß und Zusatz trennbar und da sie es nicht sind, betrachten.

1) Ich fange von dem Hauptfall an, der so gewöhnlich ist, die größte Schwierigkeit hat und von dem ich es wahr-

jur. lib. 4. *qu.* 16. *No.* 1. Est autem circa hanc doctrinam observandum, primo ei tunc demum locum esse, quando qualitas confessioni uno et eodem verborum contextu simul et semel additur etc.

scheinlich finde, daß die ganze Lehre vom qualificirten Geständniß ursprünglich hier ausging.

Jemand gesteht, etwas versprochen zu haben, behauptet jedoch, es sey nur unter Bedingung geschehen, z. B. ein Frauenzimmer sagt, der Beklagte hat mir die Ehe versprochen; der Beklagte erwiedert, ich habe dir versprochen, dich zu heirathen, wenn ich meinen Oheim beerben würde. Kann man sagen, der Beklagte habe das Versprechen zugestanden und müsse die Bedingung beweisen?

Zuvörderst fühlt jeder, wie gefährlich es ist, wenn man ein solches Geständniß theilen darf; denn der Beklagte, welcher das Versprechen gesteht, kann doch vielleicht die Bedingung nicht erweisen und folglich muß er verurtheilt werden, obgleich er nach seinem ungetheilten Geständniß nicht schuldig ist. Wie hart ist dies und wie sehr kann dies gemißbraucht werden, indem der Kläger nur nöthig hat, bloß das Versprechen in der Klage anzuführen, die Bedingungen aber mit Stillschweigen zu übergehen, um seinen Gegner in die nachtheiligste Lage zu versetzen und der Schelmerei den Sieg über die Ehrlichkeit zu verschaffen. Indessen, diese Möglichkeit des Mißbrauchs ist eben so vorhanden, wenn der Beklagte das Darlehn zugesteht und die Zahlung nicht beweisen kann; — und daher wollen wir davon wegsehen und uns nach andern Gründen umsehen.

Wenn Jemand behauptet, er habe etwas nur unter Bedingung versprochen, so glaube ich, wird, um die Wahrheit einleuchtender zu machen, es gut seyn, wenn wir zuvörderst unterscheiden die unmögliche Bedingung von der möglichen. Gesetzt — um bei dem vorigen Beispiel zu bleiben — jemand antwortet einem gefallenen Frauenzimmer, was aus einem Eheversprechen gegen ihn klagt: Ich sagte bloß zu dir, werde

wieder Jungfrau, dann will ich dich heirathen. Kann jene sagen: Du hast mir also die Ehe versprochen, beweise die hinzugefügte Bedingung. Hier ist es klar, sie könne es nicht; denn ein Versprechen unter einer unmöglichen Bedingung hat gar keinen Werth [9]), ist gar kein wahres, nur ein scheinbares Versprechen; aus der Art, wie es gegeben ist, erhellet schon, daß der Versprechende nicht gebunden seyn wolle [10]). Wer also gesteht, er habe etwas unter einer unmöglichen Bedingung versprochen, der hat gar nichts versprochen — und gar nichts gestanden.

Hingegen, wenn die Bedingung möglich war, so läßt sich nicht läugnen, daß der Gestehende ein wirkliches, wiewohl bedingtes, Versprechen eingesteht. Indessen, da er behauptet, nur unter Bedingung versprochen zu haben und daß die Bedingung nicht in Erfüllung gegangen sey — wovon der Kläger, wenn er die Bedingung zugestände, erst das Gegentheil beweisen müßte — so behauptet er doch immer, daß er sich nicht verbindlich gemacht habe. Er läugnet, was zur Begründung der Klage gehört, völlig, nämlich das Vorhandenseyn eines bindenden Versprechens. Ich habe, sagt er, nur unter Voraussetzung eines künftigen ungewissen Ereignisses versprochen; dieses ist nicht in Erfüllung gegangen, folglich bin ich nicht verbunden und bin es noch nie gewesen. Man

9) L. 31. D. de obl. et act.

10) Ich weiß recht wohl, das nach canonischem Recht conditiones turpes et impossibiles in favorem matrimonii für nicht geschrieben zu halten sind; cap. fin. X. de cond. appos.; allein ich weiß auch, daß diese vernunftwidrige päbstliche Verordnung das Schicksal gehabt hat, daß die Rechtsgelehrten sie selbst als nicht geschrieben behandeln. *Cocceji* jur. civ. controv. tit. de pactis qu. 44. in resp. ad obj. 1. — Was ist es doch für ein sinnreicher Einfall, Geschriebenes pro non scripto zu halten, etwas was einem nicht gefällt, gleichsam durch bloßes Denken zu vernichten — es hinweg zu denken! —

kann nicht einwenden, die Bedingung komme von außen her und gehöre zu den zufälligen Nebenbestimmungen der Geschäfte. Denn, daraus folgt nur, daß der Contrahent sie hinzufügen, daß sie besonders benannt oder ausgedrückt werden muß. Ist das aber einmal geschehen, so greift sie in das Wesen des Versprechens ein, indem sie das Entstehen der Verbindlichkeit einstweilen, und wenn sie nicht in Erfüllung geht, für immer hindert [11]).

2) Eben dies gilt nun auch, wenn dem Versprechen eine Zeit hinzugefügt ist, da das Versprochene geschehen oder geleistet werden soll, und zwar eine Zeit, von der es ungewiß ist, ob sie überhaupt kommen wird und die eben daher die Natur einer Bedingung hat, oder vielmehr eine solche in sich schließt; nach der Regel: dies incertus pro conditione est.

3) Dasselbe gilt, wenn Jemand behauptet, er habe sich nur sub modo verbindlich gemacht, wenn dieser modus eine Bedingung in sich schließt [12]), also ein modus mixtus ist.

4) Ist aber die Rede von einer bestimmten Zeit, von einem dies certus, oder von einem modus purus, so können freilich die Grundsätze, die von Bedingungen gelten, hier keine Anwendung finden; allein es scheint, daß man auch hier den Gestehenden nur nach seinem Geständniß oder gar nicht verurtheilen könne; m. a. W. daß man wegen der Einheit und Untheilbarkeit der Handlung auch das Geständniß nicht theilen könne. Die Fälle, da von einer Bedingung die Rede ist oder was die Natur einer solchen hat, diese Fälle haben

---

11) Bachov ad *Treutlerum* Vol. 2. Disp. 26. Thesis 8. lit. a. p. 787. bemerkt von der Bedingung, conditio adjecta stipulationi *efficitur ejus pars*.

12) L. 21. D. de jure dotium.

das Eigenthümliche, daß hier sogar das Zustandekommen des Geschäfts bestritten wird, aus welchem der Kläger gewisse Rechte ableitet, die er klagend verfolgt; was dazu dient, daß die Unzertrennlichkeit des Gestandenen und des Zusatzes mehr in die Augen fällt. Allein, so wie Einheit der Rede sich darauf nicht beschränkt, also sollte man auch die Unzertrennlichkeit des Geständnisses darauf nicht beschränken. Auch die Nebenumstände des Orts und der Zeit können von dem Geständnisse nicht getrennt werden, in sofern es auf Ort oder Zeit ankömmt und sie auf die Verbindlichkeit von Einfluß sind. Es ist etwas ganz anderes, ob Jemand simpliciter oder ob er nach Ablauf von 10 Jahren einem Frauenzimmer die Ehe verspricht. Wie sich dergleichen Beschränkungen von dem Versprechen selbst nicht scheiden lassen, also lassen sie sich auch in dem Geständnisse nicht von einander absondern.

5) Um ein Beispiel anzuführen von einem Geständniß, dessen Inhalt nicht die Rede, sondern eine sonstige Handlung ist, wollen wir annehmen, Jemand behauptet, ein anderer habe ihn mit der geballten Faust geschlagen; der andere erwiedert, er habe seinen Gegner zwar geschlagen, aber nicht mit der Faust, sondern mit der flachen Hand. Im Grunde ist auch dieses Geständniß nicht theilbar; es ist eine andere Handlung, Jemanden mit der Faust und eine andere, Jemanden mit der flachen Hand schlagen und es herrscht zwischen dem Vorwurf von der einen und der Beantwortung desselben von der andern Seite keine Uebereinstimmung. Da es indessen auch eine unerlaubte Handlung ist, Jemanden mit der flachen Hand zu schlagen, so kann der Kläger sich mit dem Geständniß, wie es ist, zufrieden erklären und verlangen, daß der Gegner darnach verurtheilt werde;

käme es aber darauf an, daß sein Gegner ihn mit der geballten Faust geschlagen, so würde er dieses beweisen müssen.

6) Schon in der vorigen Abhandlung habe ich das Beispiel von einem Beklagten angeführt, welcher gesteht, das Haus, wie der Kläger behauptet, z. B. für 1000 Rthlr. gekauft zu haben; jedoch mit der Einschränkung, daß in dem Handel die Mobilien begriffen gewesen. Auch hier läßt sich das Zugestandene von dem Zusatz nicht trennen. Indem der Beklagte behauptet, daß die Mobilien in dem Handel begriffen gewesen, läugnet er, daß er für das Haus 1000 Rthlr. an Kaufgeld zu erlegen versprochen habe; wie überhaupt beim qualificirten Geständniß, was aus capitibus connexis besteht, was er mit der einen Hand gegeben hat, das nimmt er gleichsam wieder mit der andern. Der Kläger muß also beweisen, was ihm nicht zugestanden ist.

7) Nun ein Beispiel eines qualificirten Geständnisses, was aus trennbaren Theilen besteht und häufig vorkommt. Der Kläger behauptet, der Beklagte sey ihm z. B. 1000 Rthlr. aus einem Darlehn schuldig; der Beklagte gesteht den Empfang, setzt aber hinzu, die 1000 Thlr. seyen ihm geschenkt worden. Ein Geständniß dieser Art ist theilbar; denn es fehlt die Einheit der Handlung. Es besteht aus zweien Handlungen, nämlich einmal aus dem Zahlen und Empfangen der 1000 Rthlr., worüber die streitenden Theile einig sind, und zweitens aus der begleitenden Absicht, worüber sie eine verschiedene Sprache führen. Der Kläger braucht also die Zahlung der 1000 Rthlr. nicht zu beweisen, wohl aber muß er beweisen das Darlehn. Denn, das bloße Zahlen der 1000 Rthlr. begründet sein Verlangen der Zurückgabe (die Klage) nicht; welche aber durch die Hingabe zum Darlehn begründet wird, deren Vorhandenseyn dadurch bestritten wird, daß

der Beklagte behauptet, die 1000 Rthlr. seyen ihm geschenkt (also nicht dargeliehen) worden.

8) Noch ein Beispiel eines eingeschränkten Geständnisses. Der Kläger behauptet, ihm stehe auf dem Grundstücke des Beklagten ein jus servitutis zu; der Beklagte gesteht, daß dem Kläger oder seinem Grundstücke wirklich eine solche Servitut eingeräumt sey, behauptet aber, sie sey in Hinsicht auf Zeit, Ort, Zahl des Viehes u. s. w. eingeschränkt. Die Rechtsgelehrten denken über diesen Fall verschieden. Einige meinen, der die Servitut gesteht, müsse die Einschränkung [13]), andere, sein Gegner müsse die größere Ausdehnung beweisen [14]). Glück [15]) meint sogar, es sey außer allem Zweifel, daß unter andern derjenige beweisen müsse, welcher seinem Gegner die Servitut zugesteht, aber eine Einschränkung derselben in Ansehung der Art, oder der Zeit, oder des Orts behauptet. Die Entscheidung der Frage über die Beweislast, in diesem Fall, kann nur aus den Grundsätzen des eingeschränkten Geständnisses hergeholt werden, welches diejenigen vielleicht übersehen, welche dem Gestehenden die Last aufbürdeten, die behauptete Einschränkung zu beweisen. Wer da gesteht, dem Gegner eine Servitus eingeräumt zu haben, jedoch nur unter gewissen Einschränkungen, gesteht etwas anderes, als der Gegner behauptet. Sein Geständniß ist untheilbar. Der die Servitus behauptet, hat indeß nicht nöthig, zu beweisen, daß ihm die Servitus zustehe; aber in sofern es zur Begründung seines jetzigen Verlangens nöthig ist, muß er doch immer beweisen, daß ihm das Recht

---

13) v. Hymmen Beiträge zur jur. Litteratur in den Preuß. Staaten, 3. Sammlung. 1. Abschnitt. No. 4. S. 36. folg. — 14) *Hommel* Rhapsod. vol. 1. obs. 34. v. Tevenar Theorie der Beweise S. 81. — 15) Erläuterungen der II. 10. Theil. S. 259.

in der Ausdehnung zustehe, die er geltend machen will, und die er daher, mag er sie angeführt oder verschwiegen haben, ohne Unterschied beweisen muß. Wie er diesen Beweis führen will, das ist seine Sorge. Er kann ihn führen, wenn er zeigt, daß die Servitus ausdrücklich in der Art und Ausdehnung, wie er sie geltend machen will, bestellt sey; er kann ihn auch möglicherweise dadurch führen, daß er zeigt, daß bei der Bestellung von keinen Einschränkungen die Rede gewesen, daß sie unbestimmt ertheilt sey.

9) Wenn der Beklagte, als Erbe belangt, gesteht, er habe die Erbschaft angetreten, jedoch hinzusetzt, nur *cum beneficio inventarii*, so nehmen die Rechtsgelehrten mit Recht an, er müsse beweisen, was er behauptet [16]).

Ein solches Geständniß ist ohne Zweifel theilbar; es besteht aus zwei verschiedenen Handlungen, nämlich aus der Antretung der Erbschaft und dann aus der Aufnahme des Inventarii. Dabei enthält die Behauptung des Erben, er habe bei Antretung der Erbschaft ein Inventarium aufgenommen — eine Einrede, wodurch er sich von der Verbindlichkeit, die ihm als Erben obliegen würde, die Schulden des Erblassers zu tilgen, zum Theil frei machen will, indem er nur haften will, soweit die Kräfte der Erbschaft reichen; eine Einrede, deren Grund er beweisen und das Inventarium vorlegen muß.

Wir kommen nun zu dem, was in dieser schweren Materie das Schwerste ist. Wenn der Gegner zugesteht, er habe sich zwar verbindlich gemacht, aber nur unter Bedingung oder in diem, oder sub modo u. s. w.; was soll nun der Klä-

---

16) *Anton Faber* Cod. def. for. lib. 6. tit. 11. def. 8. et 13. *Mev.* P. 1. dec. 123.

ger beweisen? Soll er beweisen, sein Gegner habe sich verbindlich gemacht? oder soll er beweisen, sein Gegner habe sich rein verbindlich gemacht? Das eine scheint wahr zu seyn und das andere — scheint auch wahr zu seyn. Das letztere nahmen die Glossographen an und ihre Lehre hat sich bis auf die neuesten Zeiten erhalten; der Kläger, sagten sie, müsse *puritatem* beweisen [17]. Und dasselbe wird man also auch vom Versprechen in diem und auch von demjenigen sub modo u. s. w. annehmen müssen. Aber, sind das nicht lauter Verneinungen und tritt hier nicht der Grundsatz des Römischen Rechts: negantis per naturam rei nulla est probatio, störend in den Weg und macht er nicht, daß die Beweislast nun dennoch dem Gestehenden aufgebürdet werden muß [18]).

Es scheint, der Kläger habe nicht nöthig, die Unbedingtheit u. s. w. zu beweisen. Auch abgesehen davon, daß es eine bloße Verneinung ist, mit welchem Rechte will man ihm einen Beweis aufbürden, den er nicht zu führen nöthig gehabt hätte, wenn der Beklagte das ganze Versprechen abgeläugnet hätte. Indem der Beklagte behauptet, er habe sich nur unter Bedingung, in diem, sub modo u. s. w. verbindlich gemacht, hat er geläugnet, was zur Begründung der Klage gehört und dies hat die natürliche Folge, daß der Kläger — wenn er nicht etwa die Bedingung einräumen und daß sie in Erfüllung gegangen, beweisen will — den Beweis führen muß, der Beklagte habe sich verbindlich gemacht. Man muß bei einem solchen im Grunde nur scheinbaren Geständniß, wie der

17) Glossa ad L. 9. C. de exc. Weber a. a. O. S. 334.

18) In Hinsicht auf das bedingte Geständniß scheint dies die Meinung Kleins zu seyn. Rechtssprüche der Halleschen Juristen-Facultät. Bd. 4. S. 146.

Beklagte es abgelegt hat, von dem Geständniß, was in der That Verneinung ist, wegsehen. Dem Kläger muß also der Beweis seiner Behauptung aufgelegt werden. Ein auf Ausschließung des Zusatzes gerichteter Beweis kann ihm auch daneben nicht aufgelegt werden; man bürdet ihm sonst auf, nicht bloß seinen Satz zu beweisen, sondern zugleich das Gegentheil von dem, was der Beklagte behauptet, und dieses scheint mit den Grundsätzen des Rechts nicht verträglich zu seyn; denn es scheint ein bloßer Gegenbeweis gegen einen Gegenbeweis zu seyn, der ihm zwar freigestellt ist, in sofern er ihn zugleich mit dem Hauptbeweise führt, ihm aber nicht aufgelegt werden kann.

Allein, auf der andern Seite, lassen sich auch Gründe anführen, dem Kläger den Beweis aufzubürden, der Beklagte habe sich unbedingt, nicht ex die, nicht sub modo u. s. w. verbindlich gemacht, Gründe, die von solcher Stärke sind, daß sie am Ende das Uebergewicht zu haben scheinen.

Dem Kläger bloß den Beweis auflegen, der Beklagte habe sich verbindlich gemacht, das scheint nicht ausreichend und nicht passend zu seyn, da der Beklagte dies nicht durchaus, sondern nur, daß es unbedingt u. s. w. geschehen, bestreitet. Indem der Kläger aus dem Vertrage klagt und dabei keiner Bedingung, keiner Zeit, keines modi, überhaupt keiner Einschränkung erwähnt, behauptet er, dieser habe sich so, wie er angiebt, also ohne Bedingung u. s. w. verbindlich gemacht und muß daher auch, wenn es geläugnet wird, soweit es darauf ankommen kann, beweisen, daß der Beklagte sich simpliciter verbindlich gemacht habe.

Die Behauptung einer hinzugefügten Bedingung von Seiten des Beklagten u. s. w. ist keine Einrede, sondern die Ver-

neinung eines bloßen zum *fundamento agendi* u. s. w. gehörigen, in der Klage ausgelassenen Umstandes; der Beweis derselben ein bloßer directer Gegenbeweis; wie sollte der Beklagte, wiewohl es ihm frei steht, verbunden seyn, ihn zu führen? Daß der Kläger in gewöhnlichen Fällen nicht nöthig hat, die Reinheit u. s. w. zu beweisen, rührt bloß daher, daß der Beklagte sie nicht bestreitet. Der Einwand, es laufe mit diesem Beweise auf eine Verneinung hinaus — welcher mir von allen der erheblichste zu seyn scheint — läßt sich auf mehr als eine Art widerlegen. Selbst, wenn man sich nicht zu dem Grundsatz bekennt, daß zwischen einer bloßen Verneinung dessen, was der Gegner behauptet und der Aufstellung eines verneinenden Satzes zu unterscheiden und ein streitender Theil verbunden sey, Thatsachen zu beweisen, die zur Begründung von Klage oder Schutzrede erforderlich sind, sollten auch seine Behauptungen in verneinenden Sätzen bestehen; — selbst dann kann man in Fällen dieser Art den Kläger zum Beweise schuldig finden. Die Alten, welche der Regel anhingen, negantis per naturam rei nulla est probatio, geben doch zu, daß eine Verneinung sodann zu beweisen sey, wenn sie auf Zeit oder Ort beschränkt ist. Wenn ich aber hievon keinen Gebrauch machen will, was nicht Grund, sondern nur etwa Conditio sine qua non seyn kann; — so ist doch die Verneinung, wovon hier die Rede ist, mehr nur eine aus der Behauptung des streitenden Theils zu ziehende Folge, als daß sie — diese Behauptung — an sich selbst verneinend seyn sollte. Und eben so verhält es sich mit dem Beweise. — Es ist auch eben nicht unmöglich, die Unbedingtheit u. s. w. zu beweisen. Der Kläger kann z. B. Urkunden vorzeigen, die über den Vertrag errichtet sind und worin von

keiner Bedingung die Rede ist [19]); er kann Zeugen aufstellen, die bei Abschließung des Vertrages zugegen waren und von keiner Bedingung gehört haben. — Ueberhaupt, wenn einmal ein verneinender Satz zu beweisen ist oder ein bejahender, der eine Verneinung in sich schließt, so muß man auch wohl, wenn ich so sagen darf, mit einem verneinenden Beweise zufrieden seyn. — Er kann, wenn es ihm nicht gelingt, seinen Satz vollständig zu beweisen, sich doch der gerichtlichen Wahrheit annähern, so, daß der Richter auf einen nothwendigen Eid zu erkennen genöthigt ist. Er kann endlich an Stelle des Beweises sich der Eideszuschiebung bedienen; — wobei der Beklagte in diesem Fall nicht nöthig haben würde, den Eid anders anzunehmen, als wie es dem Inhalt seines Geständnisses gemäß ist. — Am Ende wird es ihm eben so leicht seyn, die Reinheit, als das Versprechen zu beweisen.

Früher habe ich den Einwurf gemacht, der Kläger habe auch in andern Fällen nicht nöthig, die Abwesenheit außerordentlicher Umstände zu beweisen, welche die Einwilligung und die Vollkommenheit des Vertrages hindern oder der Gültigkeit des Geschäfts im Wege stehen können. Aber auch dies Argument beweiset nichts gegen die jetzt vertheidigte Meinung. Dies erkennt man erst dann, wenn man, wie ich oben vorgeschlagen, die Gleichartigkeit oder Ungleichartigkeit des Gestandenen im Verhältniß zu dem Zusatz betrachtet. Nach diesem Princip läßt sich scheiden die Handlung oder Rede — das, was Jemand thut oder sagt — wie von den persönlichen Ver-

---

19) Gmelin und Elsäßer gemeinnützige Beobachtungen 2. Bd. S. 84. fg. Mehlen Anleitung zum gerichtlichen Proceß, erster Thl. §. 337.

hältnissen des Handelnden oder Redenden, also auch von den Beweggründen desselben oder von demjenigen, was Jemand bei der Handlung denkt.

Hiernach muß der Kläger beweisen, daß der Beklagte sich in der Art, wie er angegeben, verbindlich gemacht habe, also simpliciter, mithin nach Verschiedenheit der Fälle, ohne Bedingung, ohne Zeitbestimmung, ohne Einschränkung u. s. w.; und zum directen Gegenbeweise des Beklagten gehört es, daß eine und welche Bedingung, Zeitbestimmung, modus u. s. w. hinzugefügt worden.

Es kann übrigens ein eingeschränktes Geständniß beim Beweise bald mehr, bald weniger mitbenutzt werden, auf ähnliche Art, wie ein Beweisführer das thema probandum oder verschiedene zu dem Beweissatze gehörige Umstände durch verschiedene Mittel zu beweisen suchen kann. Bei einem Geständniß, was aus capitibus separatis besteht, kann es keinen Zweifel leiden, wie das Geständniß dem Kläger zu Gute komme; es überhebt ihn der Beweislast in Ansehung dessen, was zugestanden ist; und wenn der Zusatz eine Einrede einhüllt, wälzt es die Last des Beweises auf den Gegner. Aber auch bei einem Geständniß, was aus capitibus connexis besteht, hat der Kläger nur nöthig, das Gegentheil dessen, was durch den Zusatz behauptet ist, zu beweisen, und kann das Uebrige als ausgemacht annehmen.

Selbst die Alten stellten schon den Grundsatz auf: confessio limitata effectum producit limitatum [20]) und fanden ihn, wie es scheint, mit dem andern Grundsatz: confessio qualificata, continens capita connexa, non est

---

20) v. Tevenar a. a. O. S. 82.

dividenda, sed vel tota acceptanda, vel tota rejicienda vereinbar. Sie lehrten nämlich zweierlei, was ich hier noch zum Schluß anführen will:

1) der Kläger habe nur nöthig, das Gegentheil dessen, was in dem Zusatz behauptet worden, zu beweisen und könne dann das Geständniß in seinem ganzen Umfange annehmen; kurz was ich in der vorigen Abhandlung als Meinung des v. Graffen vorgetragen, das war eigentlich eine unter den Alten allgemein verbreitete, welche Hartmann Pistor mit denselben Worten vorträgt [21]);

2) wolle der Kläger sein fundamentum agendi simpliciter beweisen (d. h. ohne das Geständniß seines Gegners dabei zu Hülfe zu nehmen), so könne er das und dem Gegner komme nun nicht zu Gute, daß er nur mit Einschränkung gestanden habe [22]). Nach der Lehre der Alten kann also der Kläger das Geständniß auch bei capitibus connexis zu Hülfe nehmen; er hat nur nöthig, einen auf Ausschließung

---

21) Sciendum est, bemerkt er, etsi absque probatione confessionem qualificatam dividere non liceat, integrum tamen nihilominus esse actori, qualitatem confessioni additam, probatione suscepta, refutare, et, contrario probato, confessionem deinde absque qualitate acceptare. — Et hoc etiam communiter receptum esse, testatur *Grotus* etc. *Hartmann Pistor* quaest. jur. lib. 4. tit. 16. No. 7.

22) S. *Hartmann Pistor* c. l. nota b. — Et in genere sciendum est, omnia, quae de confessione qualificata non dividenda traduntur, tunc demum procedere, quando de re ipsa non aliter, nisi ex confessione partis constat: quando autem actor intentionem suam simpliciter probavit, adeo ut de ea jam constet, licet reus eam addita qualitate confiteatur, non propterea relevabitur, nisi qualitatem illam probet, quia nimirum se actor non tam in confessione rei, quam in propriis probationibus fundat, quas nisi reus probationibus elidat, sola ipsius qualificata confessio non infringit etc.

des Zusatzes gerichteten Beweis zu führen, z. B. daß der Beklagte sich ohne Bedingung verbindlich gemacht; und hat er diesen Beweis geführt, so kömmt ihm das Geständniß zu Gute, so, daß von dem Zusatz ganz hinweggesehen wird. Statt dessen kann er das Geständniß ganz bei Seite liegen lassen, seinen Beweis führen, als wäre alles geläugnet, und dann hat er nicht nöthig, das Gegentheil dessen, was der Beklagte in dem Zusatz behauptet hat, zu beweisen. Dieser Beweis liegt vielmehr dem Beklagten selber ob. Das Letztere scheint ganz unbrauchbar zu seyn und wir können es ohne Bedenken in die juristische Polterkammer legen. Es würde ein wahres monstrum von einem Beweisinterlocut seyn, wenn der Richter z. B. der Klägerin auflegte, zu beweisen, daß der Beklagte ihr die Ehe versprochen, oder, daß dies unbedingt geschehen. Was das erstere betrifft, so scheint beim qualificirten Geständniß, was aus capitibus connexis besteht, das Geständniß auf den Beweis ohne Einfluß zu seyn, denn, wenn es sich überhaupt nicht trennen oder theilen läßt, so kann es auch wohl beim Beweise nicht theilweise benutzt werden. Nimmt man dennoch an, daß bei capitibus connexis der Kläger nur nöthig habe, einen auf Ausschließung des Zusatzes gerichteten Beweis zu führen, so scheint dies eine Art von Rückfall aus der gelehrten in die gemeine Ansicht zu seyn; es scheint, daß am Ende der Mutterwitz im Kampf gegen den Schulwitz das Feld behaupte, es ihm wenigstens nicht ganz räumen müsse. Indessen muß man hier die Ansicht nehmen, daß durch den Beweis des Gegentheils der Gegner in Hinsicht auf den Zusatz, der Unwahrheit überführt, und das Geständniß selbst, so zu sagen, gereinigt wird; worauf es sodann in

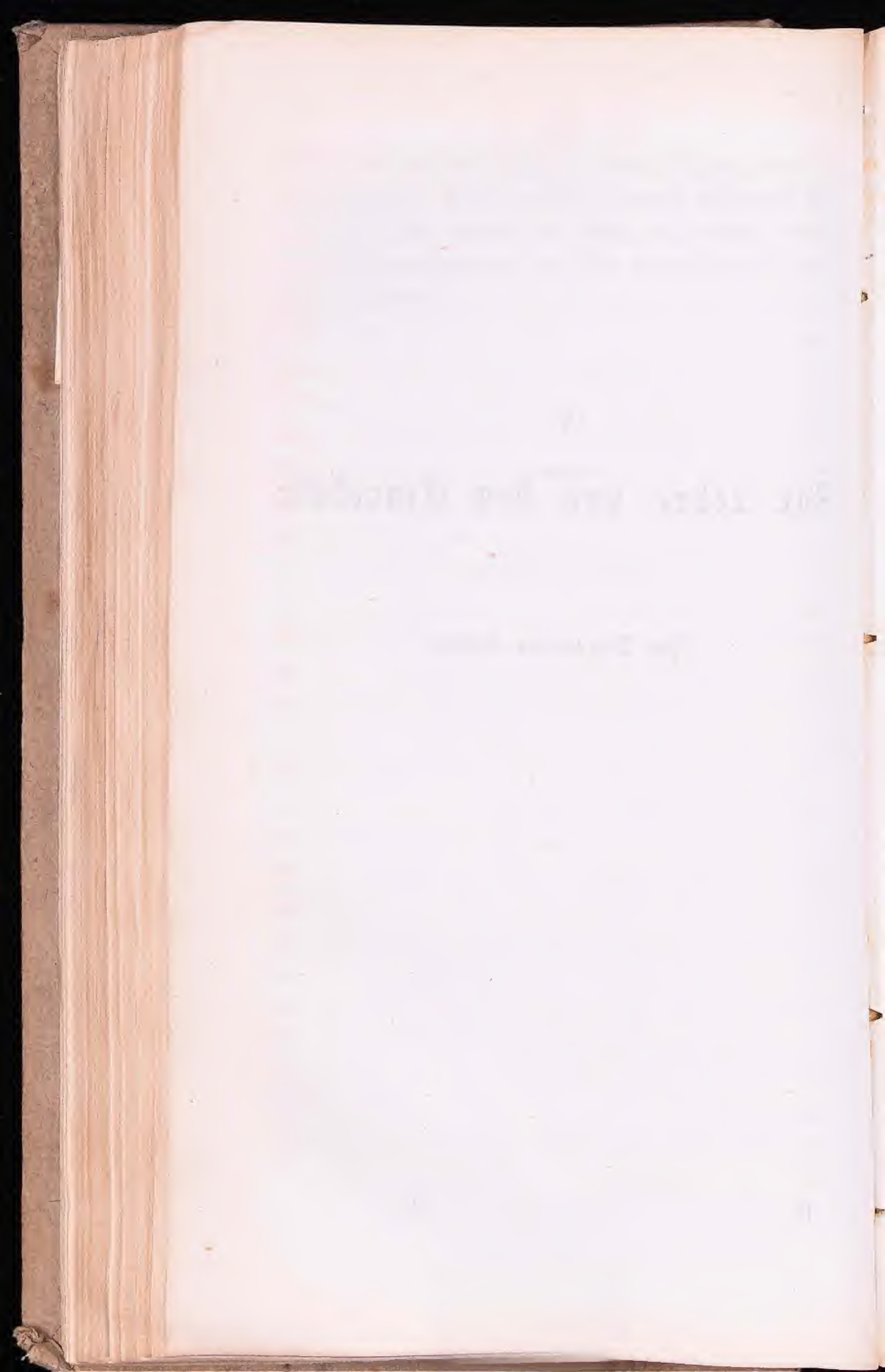
dieser verbesserten Gestalt dem Kläger ganz zu Gute kömmt. Kurz, in Fällen, wo das Geständniß sich nicht theilen läßt, hat doch der Kläger nur nöthig, einen den Zusatz angehenden und ihn vernichtenden Beweis zu führen.

V.

V.

Zur Lehre von den Einreden.

Im Dezember 1826.



1.

Von dem Unterschiede zwischen verzögerlichen und zerstörlichen Einreden und wie unter den verzögerlichen nothwendig zwei Classen zu unterscheiden sind, von denen die eine den peremtorischen an die Seite zu setzen ist [1]).

Es ist gar so leicht nicht, wie es scheint, ja vielleicht unmöglich, dasjenige in kurzem Inbegriff anzugeben, was allen verzögerlichen Einreden gemeinschaftlich zukömmt und sie von den zerstörlichen unterscheidet.

Man könnte es zuvörderst bloß verneinend bezeichnen und den verzögerlichen die Merkmale, die den zerstörlichen zukommen, bloß absprechen. Auf solche Art erfährt man wenigstens, was dilatorische Einreden nicht sind, oder was sie sind, nur durch den Gegensatz. Man kann aber, wie wir in der Folge sehen werden, nicht einmal allen den Einreden, die unter den verzögerlichen mit gemeint sind, die Merkmale der zerstörlichen absprechen. —

Man könnte ferner sagen, sie bewirken Aufschub, und man sagt es auch. Litem differunt, sagen die Rechtsgelehrten,

1) Der Leser beliebe, wenn er die erste Abhandlung gelesen hat, die nächstfolgende und besonders den Zusatz am Ende derselben gleich mit zu lesen; er wird schon sehen, warum.

und Ulpianus, *actionem* [2]); aber diese Definition ist von der Wirkung hergenommen und, was das litem differre betrifft, hat nur eine Classe der dilatorischen Einreden diese Wirkung oder vielmehr sie hat sie, abgesehen von den exceptionibus fori, im Grunde nicht mehr; das actionem differre aber paßt wieder nicht auf Einreden, die den bloßen modum procedendi in judicio betreffen; und wenn Justinianus in den Institutionen [3]) sagt: Temporales atque dilatoriae sunt, quae ad tempus nocent et temporis dilationem tribuunt, und Cajus in den Pandecten [4]): sie schaden nur für eine Zeit lang, stehen dem Kläger nicht für immer entgegen, können vermieden werden; so scheinen dergleichen allgemeine und zum Theil zu allgemeine Bemerkungen über die eigentliche Natur der verzögerlichen Einreden immer noch keinen rechten Aufschluß zu geben; sie scheinen wenigstens nicht auf den ganzen Umfang aller, die unter dieser Art begriffen werden, hingegen auf der andern Seite eben so gut auf ge-

2) *L.* 2. §. 4. *D. de exc.* Sane solemus dicere, quasdam exceptiones esse dilatorias, quasdam peremtorias: utputa dilatoria est exceptio, quae differt actionem: veluti procuratoria exceptio dilatoria est: nam, qui dicit, non licere procuratorio nomine agi, non prorsus litem inficiatur, sed personam evitat. — *Litem* differunt und *actionem* differunt, ein großer Unterschied! Als ich die Worte im Text schrieb, fiel es mir selbst in dem Grade nicht auf, als jetzt, da ich fertig bin und die Abhandlung durchsehe. Wir werden sehen, was diese Verwechselung für Verwirrung angerichtet hat.

3) §. 10.

4) *L.* 3. *D. de exc.* Exceptiones aut perpetuae et peremtoriae sunt, aut temporales et dilatoriae. Perpetuae atque peremtoriae sunt, quae semper locum habent, nec evitari possunt, qualis est doli mali, et rei judicatae, et si quid contra Leges Senatusve consultum factum esse dicetur; item pacti conventi perpetui, id est, ne omnino pecunia petatur. Temporales atque dilatoriae sunt, quae non semper locum habent, sed evitari possunt: qualis est pacti conventi temporalis, id est, ne forte intra quinquennium ageretur. Procuratoriae quoque exceptiones dilatoriae sunt, quae evitari possunt.

wisse zerstörliche, nämlich auf diejenigen, welche an eine gewisse Zeit gebunden sind, zu passen. Oder, will man lieber sich so ausdrücken, dilatorische Einreden sind solche, wobei es auf's Verschieben abgesehen ist? Auch das gilt nicht von allen, z. B. nicht von den exceptiones fori; ja es gilt von den wenigsten. Eher könnte man sagen, es sey damit auf eine Veränderung im gerichtlichen Verfahren abgesehen und könnte sich dabei auf die Auctorität des Cicero berufen, der sie [5]) translationes et commutationes judicii nennt, aber auch dies würde nicht auf alle, sondern nur auf Eine Classe der dilatorischen Einreden zutreffen. Man könnte endlich beides zusammenfassen und mithin etwa so sagen: dilatorische Einreden sind solche, wobei es auf eine Veränderung im gerichtlichen Verfahren oder auf's Verschieben der Ansprache abgesehen ist; oder die darauf gerichtet sind, die Klage (nicht wegen Beschaffenheit der Ansprache selbst, sondern) weil sie an dieses Gericht nicht gehört — oder wegen der fehlerhaften oder mangelhaften Art, wie sie angebracht ist — oder als eine unzeitige — oder bis dahin, daß der Kläger einer gewissen Obliegenheit ein Genüge geleistet haben wird, von dem Beklagten zu entfernen. Aber, was haben Einreden dieser Art am Ende mit einander gemein?

Die Schwierigkeit oder Unmöglichkeit der Definition rührt daher, daß unter den dilatorischen Einreden zwei Dinge zusammengefaßt sind, die gar nicht zusammengehören, und die Rechtsgelehrten, indem sie sich bei dem beruhigten, was Justinian ihnen vorsagte, die Gelegenheit vorbeiließen, die Fehler der Gesetzgebung zu verbessern, obwohl es ihnen in diesem Fall allerdings zugestanden, um nicht zu sagen gebührt —

5) Lib. 1. et 2. de invent.

hätte. Ich an meinem Theil habe von jeher bei diesem wunderlichen Unterschiede Anstoß genommen.

Auf allen Fall muß man eine doppelte Classe verzögerlicher Einreden gleich Anfangs unterscheiden. Die Eintheilung der verzögerlichen Einreden in solche, wodurch der Gerichtsstand abgelehnt wird, und in gemeine, ist bloß als Unterabtheilung der einen Classe zu dulden.

Die eine Classe besteht aus Einreden, welche das gerichtliche Verfahren, dessen Ordnung und Gesetzmäßigkeit betreffen; sie rügen irgend einen Mangel daran und gehen dahin, daß der Beklagte den Streit, wie er eingeleitet ist, nicht aufzunehmen, sich auf die Klage für jetzt nicht einzulassen nöthig habe. Der Beklagte will vor diesem Richter nicht streiten, weil die Sache nicht an ihn gehört, oder, er glaubt nicht nöthig zu haben, mit diesem Kläger zu streiten, entweder überhaupt nicht, oder für jetzt nicht, oder er glaubt, daß er (der Beklagte) es nicht sey, der den Streit mit dem Kläger aufzunehmen habe, verweis't ihn z. B. an einen andern, den die Sache eigentlich angehe u. s. w., oder er behauptet, daß der Klageantrag selbst so mangelhaft sey, daß er nicht die Grundlage eines gehörigen Processes abgeben könne, oder, daß die Proceßart unrichtig gewählt sey und er in dieser Proceßart mit dem Kläger nicht streiten dürfe, oder, daß dieser ihn erst der Kosten wegen sicher stellen oder ihm gewisse Sachen, deren Besitz er sich eigenmächtig angemaßt, zurückgeben müsse, ehe er sich mit ihm in einen Proceß einlassen könne u. s. w.

Von dieser ganzen Classe kann man gar nicht sagen, daß es dabei auf's Verschieben abgesehen sey — von dem, was dieser oder jener im Stillen beabsichtigt, rede ich nicht. — Abgesehen ist es bloß darauf, etwas, was vorläufig in

Ordnung zu bringen ist, zur Sprache und den Rechtsstreit ins rechte Gleis zu bringen.

Die zweite Classe unterscheidet sich sehr merklich von der ersten. Der Beklagte rügt hier keine Fehler im gerichtlichen Verfahren, behauptet nicht, daß durch Entfernung von Mängeln der Streit erst gehörig eingeleitet und das Hauptverfahren besser vorbereitet werden müsse; seine Einwendungen betreffen vielmehr die Sache selbst oder, wie die Rechtsgelehrten sich gern ausdrücken, *merita causae*, und gehen nicht sowohl darauf, den Proceß zu verschieben, als vielmehr die Leistung [6]). Hieher gehören die vermischten Einreden, erschöpfen aber die Gattung wohl eben nicht.

Diese sogenannten vermischten Einreden sind nicht wirklich gemischt, sondern gehen an sich bloß auf Aufschub, schaden ad tempus, mit Justinian zu reden, wiewohl es geschehen kann, daß der Beklagte in Folge des Gebrauchs der Einrede von weitern Ansprüchen für immer frei bleibt, was am Ende bei allen Einreden möglich ist. Auch erwähnen einige ihrer gar nicht; z. B. finde ich nicht, daß J. H. Böhmer und Schaumburg ihrer gedenken. Hingegen erwähnt ihrer unter den Neuern Wehrn [7]), dem Danz in dieser Materie sehr gefolgt zu seyn scheint, und bemerkt: Vereinigen sich die gemeinen Naturen der verzögerlichen und zerstörlichen

---

6) S. *Mev.* P. 4. dec. 321. nota 9. *Vinn.* ad §. 11. J. de exc. nr. 10. Die Beschreibung, die Schaumburg von verzögerlichen Einreden giebt, paßt nur auf die erste Classe. Er schreibt: Illae (sc. exceptiones dilatoriae) actionem non plane excludunt, sed ad firmitatem judicii stabiliendam potius pertinent et tanquam praejudiciales, ipsam litem principalem differunt, donec iis satisfactum sit. *Schaumburg* princ. prax. jur. lib. 1. sect. 1. membr. 2. §. 2.

7) Wehrn Lehre von gerichtl. Einwendungen §. 9.

Einreden in einem Objecte, so entsteht dadurch eine vermischte Einrede. Vormals hat man über die Frage, ob es solche Einwendungen gäbe? sehr gestritten. Heutiges Tages kann man daran nicht mehr mit Grunde zweifeln, indem es dem Gerichtsgebrauch zuwiderlaufen würde. (Der Gerichtsgebrauch kann doch über bloße Lehrmeinungen nichts entscheiden, ebensowenig, wie der Gesetzgeber.) Sie betreffen eine vorgängige, auf die Klage selbst Einfluß habende Verbindlichkeit des Klägers (von einer Verbindlichkeit des Klägers kann hier nicht die Rede seyn) und sind deswegen auch vor der Einlassung zulässig (daran, daß sie vor der Einlassung zulässig sind, zweifle ich billig, wenigstens finden sie nach der Einlassung besser ihren Ort), weil, wenn ihnen der Kläger nicht abhelfen kann (in diesem Fall befindet er sich bei Einreden dieser Art gar nicht), die Aufnehmung des Processes dem Beklagten nicht zuzumuthen ist; daher es der Natur der Sache und theils der Abkürzung der Processe entspricht, daß man dergleichen Einreden auch verzögerlicherweise brauchen könne, z. B. Beklagter zieht an, daß der Hauptschuldner erst auszuklagen sey u. s. w. (Dabei habe ich zweierlei zu bemerken: 1) Was hier von verzögerlichen Einreden, nämlich von verzögerlichen Einreden dieser Art, gesagt wird, würde auch auf die zerstörlichen anwendbar seyn, so daß man aus denselben Gründen auch diese der Einlassung voranschicken müßte. 2) Nach der Regel, dilatorische Einreden gehen der Einlassung voran, sollte man freilich glauben, daß auch dilatorische Einreden dieser Art der Einlassung vorhergehen müßten. Allein dilatorische dieser Art gehören dorthin, wohin die peremtorischen — auch wird wohl z. B. keinem Bürgen einfallen, erst die exceptio excussionis vorzuschützen und dann zu sagen, er habe sich verbürgt u. s. w.) Hingegen

schreibt Hellfeld [8]): Ex dilatoriis quaedam actoris intentionem per accidens in totum vel in tantum perimunt e. g. excussionis, nondum existentis conditionis etc. et hae mixtae dicuntur. Man sieht, daß die Rechtsgelehrten nicht einmal in der Erklärung der Sache übereinstimmen. Am besten erfährt man, was sie meinen, wenn man beides zusammenfaßt und mithin sagt, gemischte Einreden sind solche, welche die Natur beider, der dilatorischen und der peremtorischen, an sich haben und zwar insofern, daß sie, an sich verschiebend, zufällig die Wirkung der zerstörlichen haben können. Man sieht aber auch zugleich, daß die ganze Zwittergattung verwerflich ist, weil dabei nur von einer bloß zufälligen Wirkung die Rede ist.

Schwer wird es hiernach auch seyn, den Umfang dieser Classe anzugeben und bei den einzelnen Einreden zu sagen, ob sie dazu gehören oder nicht. Gewöhnlich begnügen sich die Rechtsgelehrten, einige Beispiele und als solche namentlich die exceptiones excussionis und divisionis anzuführen. Danz [9]) setzt noch als drittes Beispiel die Einrede der noch nicht eingetretenen Bedingung hinzu. Die letzte Einrede kann für keine wahre gelten, da es zum fundamento agendi gehört, daß die Bedingung erfüllt sey, was unter dieser Gestalt bloß geläugnet wird; von der exceptio divisionis habe ich schon früher bemerkt, daß die Alten sie gewöhnlich den peremtorischen beizählen [10]), und jetzt finde ich, daß sogar die *exceptio excussionis* Vinnius in diese Classe setzt; denn der Beklagte, bemerkt er, könne dadurch seiner Verbindlichkeit entledigt werden, und dies sey hinlänglich, um sie zur perem-

---

8) Jurispr. for. §. 1881.
9) Lehrbuch des ord. Proc. §. 358.
10) S. Archiv für die civil. Praxis. Band 7. S. 141.

torischen zu machen, — nam utique actionem perimit, quod ad fidejussorem attinet, si debitori solvendo esse reperiatur. — Aus andern Gründen bin ich geneigt, diese Einrede und die ganze Classe, wozu sie gehört, den peremtoriis an die Seite zu setzen; aber peremtoria s. perpetua ist sie nicht, und die von Vinnius dagegen vorgebrachten Gründe sind leicht zu widerlegen. Wird der Beklagte seiner Verbindlichkeit entledigt, so ist es nicht die *exceptio excussionis*, die diese Wirkung hervorbringt, sondern die Zahlung, nämlich die Zahlung von Seiten des Hauptschuldners; die exceptio excussionis ist nicht peremtoria und kann es auch nie werden, sondern im glücklichsten Fall hört sie ganz auf und der Bürge schützt sich, statt dessen, mit dem Einwand, daß mit der Hauptverbindlichkeit auch die Nebenverbindlichkeit getilgt sey; an Stelle der exceptio *excussionis* tritt exceptio *solutionis*. Die Stelle, worauf Vinnius sich beruft, beweis't, nach meinem Ermessen, nichts, sondern es folgt daraus nur, daß solche Einreden möglich sind, die aus dilatoriis perpetuae werden können und die daher auch mit den peremtorischen, z. B. in Hinsicht auf die condictio indebiti, gleiche Kraft haben, z. B. wenn verabredet ist, Jemand solle bis dahin, daß Titius Consul geworden, nicht belangt werden. In dieser Verabredung liegt eine bedingte Freilassung; nämlich wenn Titius gar nicht zum Consulat gelangt, soll er gar nicht belangt werden, und diese Einrede schützt den Beklagten also nicht bloß ad tempus, sondern, in dem vorausgesetzten Fall, für immer [11]).

---

11) *L.* 56. *D. de cond. ind.* Sufficit ad causam indebiti, incertum esse, temporaria sit an perpetua exceptionis defensio: nam si quis, ne conveniatur, donec Titius Consul fiat, paciscatur, quia potest Titio decedente perpetua fieri exceptio, quae ad tempus

Aber lassen wir die vermischten Einreden und begnügen uns mit dem Satz, daß es gewisse Einreden giebt, die nicht das gerichtliche Verfahren, sondern die Sache selbst angehen, den Proceß nicht, sondern die Leistung verschieben, und die dabei doch nicht zu den peremtorischen, sondern zu den dilatorischen gerechnet werden. Dahin gehören nun die von den Rechtsgelehrten sogenannten vermischten Einreden, namentlich die *exceptio excussionis.* Zwar könnte bei dieser Einrede, welche die Rechtsgelehrten zu den vermischten zählen und Vinnius, wie wir eben hörten, zu den peremtorischen [12]) — doch ungleich sich selbst und im Widerspruch mit dem, was er an einer Stelle [13]) gelehrt hatte — bei dieser Einrede also könnte gezweifelt werden, ob sie nicht im Gegentheil eine ganz gewöhnliche verzögerliche sey. Man könnte sagen, der Bürge, der sich dieses Einwandes bedient, will sich zur Zeit mit dem Kläger in keinen Proceß einlassen; er dringt auf Ordnung im gerichtlichen Verfahren, indem er begehrt, daß der Reihe nachgegangen, zuvor der Hauptschuldner, dann erst der Bürge belangt werde. Allein, in der That ist doch bei diesem beneficio nicht sowohl von Ordnung im gerichtlichen Verfahren die Rede, als vielmehr von Ordnung in der Nöthigung zum Zahlen; wie daraus hervorgeht, daß dies beneficium nicht auf den Fall beschränkt ist, da die Verbindlichkeit selbst bestritten wird, es vielmehr, ohne daß davon überall einmal die Rede wäre, ohne alle Rücksicht dar-

---

est, Titio Consulatum ineunte, summa ratione dicetur, quod interim solvitur, repeti: ut enim pactum, quod in tempus certum collatum est, non magis inducit condictionem, quam si ex die debitor solvit, ita prorsum defensio juris, quae causam incertam habet, condictionis instar obtinet.

12) ad §. 10. J. de exc. nr. 2.

13) ad §. 4. J. de fidejussor. nr. 8.

auf, dem Bürgen zusteht. In andern Fällen tritt dies noch deutlicher hervor. So, wenn der Beklagte die exceptio retentionis dem Kläger entgegenstellt, was sagt er anders, als, ich will nicht geben, nicht leisten, bevor Du nicht einer andern Verbindlichkeit, die Dir gegen mich obliegt, ein Genüge gethan haben wirst. Ebenso ist es beim Gebrauch des beneficii competentiae. Der Beklagte, der sich darauf beruft, will für jetzt nicht zahlen, ich sage zahlen (nämlich nicht mehr, als er kann, ohne zu darben). Die exceptio moratorii — pacti de non petendo intra certum tempus u. s. w. gehören ebenfalls in diese Classe. Durch alle dergleichen Einreden will der Beklagte Aufschub bewirken, wie gesagt, nicht des Processes, es sey denn folgeweise, sondern der Zahlung; welch ein Unterschied ist das? Verschieden zwischen beiden Classen ist alles und Uebereinstimmung nur in den Worten.

Die Verschiedenheit beider Classen der Einreden macht auch, daß die Rechtsgrundsätze, die von ihnen gelten, verschieden sind.

Nach römischem Recht sind verzögerliche Einreden zu Anfang des Processes (in principio, inter exordia litis) vorzuschützen. Es lehrt dies namentlich von der *exceptio fori*, der *exceptio procuratoria* — es lehrt dies von den dilatoriis [14]) und das canonische sagt von exceptionibus dila-

---

14) *L.* 12. *C. de exc.* Si quis Advocatus inter exordia litis praetermissam dilatoriam praescriptionem postea voluerit exercere et ab hujusmodi opitulatione submotus, nihilominus perseveret, atque praeposterae defensioni institerit: unius librae auri condemnatione multetur. — *L.* 13. *C. eod.* Praescriptiones fori in principio (litis) a litigatoribus opponendas esse, legum decrevit auctoritas. — *L.* 19. *C. de prob.* Exceptionem dilatoriam opponi quidem initio, probari vero, postquam actor monstraverit, quod

toriis ausdrücklich, sie sind ante litis ingressum — ante litis contestationem entgegenzusetzen [15]). (Ob aber beide unter demselben Ausdruck an dieselbe Sache denken, wird nach dem, was folgen wird, sehr problematisch.) Es würde nämlich, sagen die Rechtsgelehrten, der Gebrauch dilatorischer Einreden mit einer unbedingten Einlassung in Widerspruch stehen. Wer vor diesem Richter den Streit aufgenommen, sich auf diese Proceßart, diese Klage rein eingelassen hat, der kann hinterher nicht sagen, er wolle vor diesem Richter, in dieser Proceßart u. s. w. nicht streiten, sich auf diese Klage nicht einlassen. Dagegen könnte nun freilich der Zweifel sich regen, daß beim gleichzeitigen Vortrage von dilatorischen Einreden und Litiscontestation diese doch immer nur als bedingt abgegeben angenommen werden könne, wenn jene auch nicht gerade, der Ordnung nach, der Litiscontestation vorangestellt sind; indessen, wie gesagt, das Canonische Recht sagt ausdrücklich, sie müssen der Litiscontestation vorhergehen und rechtfertigt dadurch die Lehre der Rechtsgelehrten.

Die Rechtsgelehrten nehmen von dieser Regel diejenigen dilatorischen Einreden aus, welche merita causae betreffen [16]), also diejenigen, welche ich als die zweite Classe bezeichnet habe.

---

adseverat, oportet. — *L.* 24. *C. de proc.* Licet in principio quaestionis persona debeat inquiri procuratoris, an ad agendum negotium mandatum a domino litis habeat: si tamen falsus procurator inveniatur, nec dici *controversiae* solent, nec potest esse judicium.

15) cap. 20. X. de sent. et re jud. cap. 62. X. de appell. Von der *cautio de rato* bemerkt auch das Römische Recht, sie könne vor der Litiscontestation gefordert werden. *L.* 40. §. 3. *D. de proc.* Ratihabitionis autem satisdatio ante litis contestationem a procuratore exigitur: caeterum, semel lite contestata, non compelletur ad cautionem.

16) *Mev.* P. 4. dec. 324. nota 9. Wehrn von gerichtl. Einwendungen §. 35. nr. 8. *Schaumburg* c. l. §. 6. not. 4.

Und in der That, da die Proceßform dadurch nicht bestritten wird, sie die Ansprache selbst sogar als gegründet voraussetzen, kann der Beklagte vor Einreden dieser Art sich über jene äußern, ohne diesen zu entsagen. Freilich müssen aber sie, welche, der natürlichen Ordnung nach, auf die Einlassung folgen, doch immer zu der Zeit, da der Beklagte das erste Mal zu Wort kömmt, zugleich mit der Einlassung bei Gericht vorgetragen werden, da ja der Beklagte nach dem jüngsten Reichs-Abschied alle seine Einreden, auch die zerstörlichen, denen sie verwandt doch ihnen nicht vorzuziehen sind, mit der Litiscontestation verbinden soll; und es ist daher eben nicht richtig, giebt wenigstens zu Mißverständnissen Gelegenheit, wenn die Rechtsgelehrten Einreden dieser Art unter denjenigen dilatorischen Einreden, die ausnahmsweise nach der Litiscontestation vorgetragen werden dürfen, aufführen und sie mit solchen zusammenstellen, die der Beklagte auch nach dem ersten Termin vortragen darf, ohne mit Einem Wort einer hier Statt findenden Verschiedenheit zwischen beiden zu gedenken. Es ist doch ein großer Unterschied, ob man von dilatorischen Einreden sagt, man dürfe sie nach der Einlassung, oder ob man sagt, man dürfe sie nach dem ersten Termin vorschützen. Dilatorische Einreden, welche merita causae betreffen, schließen sich, gleich den peremtorischen, der Einlassung unmittelbar an. Ich rede aber nur im Allgemeinen oder von dem, was den Regeln des heutigen Processes gemäß ist; denn nach Grundsätzen des Römischen Rechts können unter den merita causae betreffenden verzögerlichen Einreden allerdings solche enthalten seyn, die noch in späterer Zeit und sogar noch nach der Rechtskraft des Urtheils, wenn die Sache schon bis zur Vollziehung gelangt ist, dem Kläger entgegengestellt werden können, wie dies z. B. der Fall ist beim beneficio compe-

tentiae [17]). Davon werde ich hernach Gelegenheit haben zu reden, wenn ich, nach einigen andern abzuhandelnden Dingen, auf die befreiten Schutzreden komme.

Eine andre Verschiedenheit zwischen gewöhnlichen verzögerlichen und merita causae betreffenden Einreden betrifft den Beweis, oder vielmehr nur die Zeit des zu führenden Beweises. Doch davon werde ich besser in der nächstfolgenden Abhandlung zu reden Gelegenheit haben.

Für jetzt nur noch ein Vorschlag. Steht davon ab, ihr Rechtsgelehrten, diese beiden heterogenen Classen von Einreden zusammen zu paaren, die nichts weiter mit einander gemein haben, als daß sie, ihrer Natur nach, nicht geeignet sind, die Klage für immer zu entfernen. Laßt fortan jede Classe für sich bestehen und die zweite Classe, die sich den peremtorischen nähert, mit diesen gleichen Schritt halten. Unterscheidet künftig nicht dilatorische und peremtorische Einreden; sondern setzt einander entgegen 1) Einreden, welche das gerichtliche Verfahren und 2) solche, welche die Sache selbst betreffen und unter diesen letztern mögt ihr dann weiter unterscheiden a) solche, welche dem Kläger für immer entgegenstehen, indem sie die Klage gänzlich zerstören und b) solche, welche die Klage nur zur Zeit vernichten. —

2.

Beweis der verzögerlichen Einreden.

Von verzögerlichen Einreden lehren die Rechtsgelehrten zweierlei:

---

17) L. 14. L. 17. §. ult. D. sol. matr. L. 18 L. 41. §. ult, D. de re jud.

1) daß sie, insofern sie vor der Litiscontestation, wenigstens der unbedingten, vorgeschützt werden, zu der Zeit, da der Richter, nach beendigtem ersten Verfahren, das Urtheil spricht, im Klaren seyn müssen, sonst übergehe sie der Richter; jedoch sollen Einreden, die das Wesen des Processes betreffen, oder deren Vernachlässigung dem Beklagten einen unersetzlichen Schaden zuwege bringen würde, Ausnahmen begründen;

2) daß bei ihnen kein strenger, förmlicher Beweis erforderlich sey, sondern es an einer bloßen Bescheinigung genüge [1]).

Den zweiten Satz will ich auf sich beruhen lassen; den ersten räume ich nicht ein.

Diesen ersten Satz stellte nach andern schon Leyser auf [2]) — exceptiones dilatoriae, sagt er, siquidem altioris indaginis sunt, pertractationem ipsius causae morari non debent, sed a judice recte negliguntur, dummodo omissio earum nullum excipienti irreparabile damnum inferat arg. c. 13. X. de officio et pot. jud. deleg. Und an einer andern Stelle [3]): Nam si aequitas naturalis et recta ratio flagitat, ne causis celerem expeditionem poscentibus mora per exceptiones difficiliores et altioris quaestionis injiciatur, hoc magis etiam ad exceptiones dilatorias, quarum jactura facilior est, referri oportet. Das ist also eben das, was Danz lehrt, der jedoch zu der Ausnahme noch eine zweite hinzufügte, indem er auch diejenigen, die das Wesen des Processes betreffen, von der Regel ausnahm.

Der

---

1) Die gemeine Lehre trägt Danz vor in den Grundsätzen des ord. Processes §. 169. — Wehrn (Lehre von gerichtl. Einwendungen §. 76. in der Note 1. S. 148.) erklärt sich dagegen, aus Gründen, die der Leser bei ihm selbst nachlesen mag.

2) spec. 73. med. 2.

3) spec. 513. med. 3.

Der von Leyser angeführte Rechtsfall, worin jener Grund die ratio decidendi abgab, ist zu merkwürdig, als daß ich ihn nicht mitnehmen sollte; man sieht dadurch zugleich, wohin jene Lehre in der Anwendung führt. Es war gegen Jemanden in foro contractus geklagt und der Beklagte wandte ein, es sey gar kein Contract zwischen ihm und dem Kläger geschlossen und folglich stehe er auch nicht unter diesem foro. Der erste Richter, dadurch in Verlegenheit gesetzt, wußte sich nicht besser zu helfen, als daß er den Kläger an das forum domicilii verwies. Anders urtheilte der zweite, welcher die Einrede verwarf; idque rectissime, setzt Leyser hinzu. Und nun folgt der schon angeführte Grund; nam exceptiones dilatoriae etc. Die Entscheidung selbst mag völlig richtig gewesen seyn; denn es ist noch ein anderer Grund, zwar nur als Nebengrund, doch ein echter und zureichender angeführt (der im Uebrigen nicht hieher gehört); aber, ob jener erste Grund sie gerechtfertigt haben würde, daran läßt sich billig zweifeln. Bloß auf die Natur der Sache gesehen, scheint nichts natürlicher zu seyn, als daß, da hier vorläufig die Frage auszumachen war, ob die Sache an dieses forum gehöre, der Kläger das factum, worauf diese seine Behauptung beruhte, vor allen Dingen beweisen und also zeigen mußte, daß wirklich zwischen ihm und dem Beklagten der Contract, auf dessen Erfüllung er klagte, geschlossen sey, ein Beweis, den er ja hernach doch führen mußte. Daß der Beweis auf solche Art schon vor der Litiscontestation (diesmal wirklich) geführt wird, schadet nicht; denn dies läßt sich nun einmal nicht vermeiden, auch wird dieser Beweis zunächst nur geführt, um das forum zu begründen und die verzögerliche Einrede aus dem Wege zu räumen. Gerade bei exceptionibus fori declinatoriis kann es, dünkt mich, am wenigsten Zweifel leiden, daß Mangel

des Beweises sie nicht verwerflich machen könne, weil 1) ein wesentlicher Mangel des Processes dadurch gerügt wird, 2) der Beweis den Kläger trifft, daß die Bedingungen vorhanden sind, die bei diesem Richter ein forum begründen und 3) weil die exceptio fori allein vorgeschützt werden darf, und es nicht nöthig ist, eine eventuelle Litiscontestation damit zu verbinden.

Aber, obwohl dies bei diesen Einreden besonders einleuchtend ist, welche ihre ursprüngliche Natur beibehalten haben, so daß die Ausnahme, die sie begründen, nur eine Beibehaltung der Regel ist — so muß doch auch von allen übrigen verzögerlichen Einreden dasselbe, wie von ihnen, gelten, zumal der J. R. A. §. 40. verordnet hat, daß die Verbindung der Litiscontestation mit den verzögerlichen Einreden, wenn sie nur sonst erheblich sind, dem Beklagten ganz unnachtheilig seyn soll.

Es ist fast unbegreiflich, wie man gerade diese Stelle für die entgegengesetzte Meinung anführen konnte. Ich ahnde indessen den Gang der Ideen. Man hat wahrscheinlich gedacht und aus dieser Stelle geschlossen, der Richter müsse auf der Stelle von der Erheblichkeit der Einrede überzeugt seyn; sonst habe er nicht nöthig, darauf zu achten. Aber, dieses liegt nicht in den Worten, und das auf der Stelle wäre von den Rechtsgelehrten nur hinzugedacht. Es ist doch ein Unterschied, ob eine Einrede an sich nicht erheblich oder ob sie nicht bewiesen ist. Eben so wenig beweisen ein Paar andre Stellen des Römischen und Canonischen Rechts. Die erste ist §. ult. I. de exc. Hier will Justinian, daß gewisse dilatorische Einreden, die man den Stellvertretern der streitenden Theile entgegenzusetzen pflegte, nicht weiter zugelassen werden sollen, *ne, dum de his altercatur, ipsius negotii disceptatio protelettur.* Was beweis't diese Stelle? Nichts. Will man dar-

aus eine allgemeine Regel ableiten, so muß man, um consequent zu seyn, nicht bloß die unbewiesenen, sondern vielmehr alle dilatorischen Einreden verwerfen, alle ohne Unterschied; denn nur dadurch wird Streit über dilatorische Einreden und jeder Aufschub der Hauptsache völlig vermieden. Die zweite Stelle ist c. 13. X. de off. et pot. jud. del., wornach der Richter nur exceptiones *rationabiles* zulassen soll. Allein Mangel des Beweises macht eine Einrede nicht zur exceptio irrationabilis. So wenig genau nahmen es oftmals die Alten mit ihren Beweisen.

Gewöhnlich wird der Grund oder Ungrund dilatorischer Einreden aus den Acten klar seyn und es keines Beweises, namentlich von Seiten des Beklagten, bedürfen. Wenn es aber eines Beweises, namentlich von Seiten des Beklagten, bedarf, so wird dieser Beweis ihm erst aufzulegen, und ob er geführt wird, abzuwarten seyn, ehe die Einrede verworfen werden kann. Wenn einmal das gerichtliche Verfahren an gewisse Regeln gebunden ist, oder der Beklagte aus gewissen Gründen die Einlassung auf die Klage verweigern darf; so, dünkt mich, sey einstweiliger Mangel des Beweises kein hinlänglicher Grund diese Regeln bei Seite zu setzen oder den Beklagten dieser Wohlthat zu berauben. Vielmehr, scheint es, müsse den Parteien Gelegenheit gegeben werden, dem Richter die Ueberzeugung von dem Vorhandenseyn oder der Abwesenheit jener Regeln oder Voraussetzungen zu verschaffen und, wie es überhaupt Regel im Proceß ist, daß ein streitender Theil die Wahrheit seiner Behauptungen nicht sogleich zu beweisen nöthig hat, also könne auch hier ein streitender Theil nöthigenfalls das Urtheil des Richters abwarten, ob etwas zu beweisen nöthig sey und wer zu beweisen habe. So räumt ja auch das Canonische Recht dem Beklagten eine Frist ein von 15 Tagen,

sein Fundamentum excipiendi bei der exceptio spolii zu beweisen [4]), und der Gerichtsgebrauch, sagen die Rechtsgelehrten, rechnet von der Zeit des Urtheils, welches dem Beklagten den Beweis auflegt [5]). Also, hören wir eben, wird bei der exceptio spolii auf Beweis erkannt — und das ist doch auch eine dilatorische Einrede, und zwar, da sie nicht die Sache selbst betrifft, wohl nur eine gewöhnliche.

Bei den dilatorischen Einreden, die merita causae betreffen, kann es vollends keinen Zweifel leiden, daß sie wegen Mangels des Beweises nicht zu verwerfen sind, vielmehr auf Beweis in Ansehung ihrer zu erkennen sey und man müßte also wenigstens diese von jener angeblichen Regel ausnehmen, die doch höchstens nur auf solche Einreden gehen kann, welche darauf berechnet sind, den Gang des gerichtlichen Verfahrens gehörig zu ordnen.

Jetzt nur noch ein Paar Worte von der Zeit des zu führenden Beweises der verzögerlichen Einreden.

Darüber enthält das Römische Recht folgende merkwürdige Stelle:

L. 19. C. de probat. Exceptionem dilatoriam opponi quidem initio, probari vero, postquam actor monstraverit, quod adseverat, oportet.

Die Stelle hat schon in alter Zeit die Ausleger in Verwunderung gesetzt und muß, wie der Unterschied zwischen dilatorischen und peremtorischen Einreden aufgefaßt wird, noch jetzt diese Wirkung auf jeden hervorbringen. Wie in aller Welt ist es möglich, daß der Beweis verzögerlicher Einreden bis nach geführtem Beweise in der Hauptsache verschoben bleiben

---

4) cap. 2. X. de ord. cogn. — 5) *G. L. Boehmer* princ. jur. can. §. 693.

kann? Was kann die Führung des Beweises der verzögerlichen Einreden nach dem Hauptbeweise noch für einen Nutzen haben — und hat sie einen, was kann dann der Hauptbeweis für einen haben? Ein solches Verfahren würden wir selbst nach unserm Proceß wunderbar finden; wie viel mehr muß es nach Römischem in diesem Lichte erscheinen. Gab es doch damals noch keinen Jüngsten Reichsabschied, der den Beklagten nöthigte, mit seinen dilatorischen Einreden eine Einlassung zu verbinden. Nach römischem Proceß müssen wir ja annehmen, daß die Einreden, die verzögerlichen nämlich, abgethan sind, schon ehe es zum Proceß gekommen ist. Oder fand ein andres Verfahren bei den Römern Statt? Donellus [6]) nahm seine Zuflucht zur Verbesserung der Stelle und will, statt dilatoriam, *peremtoriam* gelesen wissen; aber alle Codices haben die gewöhnliche Lesart [7]). Daher nehmen alle übrigen Ausleger an, unter der exceptio dilatoria sey hier eine solche zu verstehen, welche die Sache selbst betrifft, oder welche auf Aufschub der Zahlung gerichtet ist [8]). Diese Meinung scheint schon von den Glossographen herzustammen. Und in der That muß man schon damit zufrieden seyn; ich wüßte wenigstens keine bessere.

Außerdem, daß eine andre Auslegung mit dem römischen Verfahren nicht in Einklang zu bringen ist, ja auf etwas Ungereimtes führt, lassen sich noch wohl manche andre Gründe auffinden, diese Auslegung zu unterstützen. Denn 1) exceptiones dilatoriae dieser Art sind eigentlich die wahren; nur sie können, wenigstens vorzugsweise, *dilatoriae* genannt werden; die andern werden mit Unrecht so genannt und würden

6) ad l. 19. C. de prob.

7) *Perez* ad C. lib. 8. tit. 36. nr. 9.

8) *Perez* c. l. *Vinn.* ad §. 11 J. de except. nr. 10.

besser den Namen führen, welchen die exceptiones litis finitae — nämlich *litis ingressum impedientes*, Proceßhindernde oder hemmende. 2) Bei dilatorischen Einreden dieser Art ist gewöhnlich nur etwas — und zwar etwas von Seiten des Beklagten zu beweisen und beides wird in jener Stelle vorausgesetzt. 3) In jener Stelle wird dasselbe von exceptionibus *dilatoriis* gelehrt, was nach Römischem Recht bekanntlich von *peremtoriis* gilt. Nach Römischem Recht hat der Beklagte nicht eher nöthig, seine peremtorischen Einreden und deren Grund zu beweisen, als bis der Kläger seinen Beweis nicht etwa angetreten und versucht, sondern geführt hat [9]. Und diese Art von dilatoriis sind auch allerdings den peremtoriis an die Seite zu setzen, weil es damit abgesehen ist, nicht den Proceß abzulehnen, sondern, zur Zeit, die Leistung des streitigen Gegenstandes, und es am Ende zur Begründung der Klage gehört, daß der Kläger, was er fordert, schon jetzt zu fordern befugt ist. Daher muß auch billig von ihnen dasselbe gelten, was von peremtoriis.

Bei uns wird nun, wenn gewöhnliche dilatorische Einreden zu einer Beweisführung Gelegenheit geben, das Hauptverfahren einstweilen still stehen müssen; von solchen dilatorischen Einreden, welche merita causae betreffen, wird auch in Ansehung der Zeit der Beweisführung dasselbe gelten, was von den peremtorischen.

---

9) L. 9. C. de except. Und das ist freilich auch die natürliche Ordnung und den Grundsätzen der Gerechtigkeit gemäß. Denn, wie kann man dem Beklagten zumuthen, auch nur den Versuch zu machen, seine Einreden zu beweisen, so lange der Kläger nicht seine Klage bewiesen und es sich also gezeigt hat, daß ein Beweis der Einreden nöthig sey. (Bis dahin würde er selbst nicht einmal nöthig haben, sie entgegenzusetzen.)

Späterer Zusatz.

Wer sucht, sagt das Sprichwort, der findet oft, was er nicht sucht. Da ich für die folgende vierte Abhandlung in Zanger's Werk de exceptionibus (vergebens) nachschlug, stieß ich auf eine Stelle, worin der Herausgeber H. C. Senkenberg [10]) (mit wenigen Worten und ohne den Satz auszuführen) die Behauptung aufstellt, die ganze Unterscheidung zwischen exceptionibus dilatoriis und peremtoriis sey in der gewöhnlich angenommenen Allgemeinheit nicht Römisch, sondern schreibe sich aus dem Canonischen Recht her; das Römische Recht verstehe unter exceptionibus dilatoriis nur solche, die wirklich die Klage verschieben, als pacti de non petendo temporalis, procuratoris, praefestinationis etc. — Wenn ich auf diese Veranlassung die Stelle der Institutionen noch einmal betrachte, die Senkenberg hier aber gar nicht berührt [11]), wenn ich erwäge, 1) daß die Definition, die Ju-

---

10) diss. praeliminaris c. 3. §. 3.

11) §. 10. *J. de except.* Temporales atque dilatoriae sunt, quae ad tempus nocent et temporis dilationem tribuunt: qualis est pacti conventi: cum ita convenerit, ne intra certum tempus ageretur, veluti intra quinquennium: nam finito eo tempore non impeditur actor rem exequi. Ergo ii, quibus intra certum tempus agere volentibus objicitur exceptio aut pacti conventi aut alia similis, differre debent actionem et post tempus agere: ideo enim et dilatoriae istae exceptiones appellantur. Alioqui si intra tempus egerint objectaque sit exceptio: neque eo judicio quicquam consequebantur propter exceptionem: neque post tempus olim agere poterant, cum temere rem in judicium deducebant et consumebant; qua ratione rem amittebant. Hodie autem non ita stricte hoc procedere volumus: sed eum, qui ante tempus pactionis vel obligationis litem inferre ausus sit, Zenonianae Constitutioni subjacere censemus, quam sacratissimus Legislator de iis, qui tempore plus petierint, protulit: ut et inducias, quas ipse actor sponte indulserit, vel quas natura actionis continet, si contempserit, in duplum habeant ii, qui talem in-

stinian giebt, nur auf solche Einreden paßt, welche die Klage oder vielmehr die Zahlung verschieben; 2) daß gleich das erste Beispiel von der exceptio pacti de non petendo temporalis hergenommen und dieses wenigstens besonders hervorgehoben ist; wenn ich 3) hinzunehme, daß in der so eben erwähnten Stelle des Codex unter exceptionibus dilatoriis keine andre gemeint seyn können, als solche, welche die Klage oder vielmehr die Zahlung verschieben; — so bin ich geneigt, die Behauptung Senkenberg's für richtig anzuerkennen. Wenn ich aber weiter bedenke, daß in dem folgenden §. von solchen Einreden die Rede ist, welche die Fähigkeit des Klägers betreffen, und auch diese den dilatoriis beigezählt werden, so macht mich dies wieder bedenklich und ich gelange am Ende zu dem Resultat, daß die echte Bedeutung von exceptionibus dilatoriis nur solche umfaßt, welche die Klage oder vielmehr die Zahlung verschieben und daß Juristen, wie Ulpian und Cajus und nach ihnen Justinian, indem sie die Begriffe verwirrten und Einreden, die das gerichtliche Verfahren betreffen, mit hinzufügten oder wenigstens die richtige Lehre durch ein unpassendes Beispiel erläuterten, einen Irrthum veranlaßten oder vielmehr selbst begangen haben, der sich durch

---

juriam passi sunt et post eas finitas non aliter litem suscipiant, nisi omnes expensas litis antea acceperint: ut actores tali poena perterriti tempora litium doceantur observare.

§. 11. *eod.* Praeterea etiam ex persona sunt dilatoriae exceptiones, quales sunt procuratoriae. Veluti si per militem aut mulierem agere quis velit. Nam militibus nec pro patre, vel matre, vel uxore, nec ex sacro Rescripto procuratorio nomine experiri conceditur: suis vero negotiis superesse sine offensa (militaris) disciplinae possunt. Eas vero exceptiones, quae olim procuratoribus propter infamiam vel dantis vel ipsius procuratoris opponebantur, cum in judiciis frequentari nullo modo perspeximus, conquiescere sancimus: ne dum de iis altercatur, ipsius negotii disceptatio proteletur.

die Glossographen in das Canonische Recht u. s. w. verbreitete.

Die echte Bedeutung von exceptionibus dilatoriis wäre also: es sind solche, welche darauf gehen, daß eine Klage oder vielmehr — was näher liegt und zuerst kommen muß — eine Verbindlichkeit zur Zahlung zur Zeit nicht Statt findet, und peremtorische solche, welche darauf gehen, daß überall keine Statt findet; jene stehen also dem Kläger nur ad tempus, diese für immer entgegen. Die erstern werden auch exceptiones *moratoriae* genannt [12]. Einreden, die das gerichtliche Verfahren betreffen, werden zwar auch wohl Einreden genannt, wenigstens habe ich den Ausdruck: exceptio fori und exceptio procuratoria gefunden [13]; aber ich habe nicht gefunden, daß sie exceptiones *dilatoriae* genannt werden, nur daß die exceptio procuratoria von Ulpian, Cajus, Justinian unter den dilatoriis als Beispiel derselben unpassend aufgeführt wird. (Die verwünschte exceptio procuratoria oder vielmehr der verwünschte Ulpian, Cajus, Justinian!)

Die Unterscheidung zwischen exceptionibus peremtoriis und dilatoriis wäre also eine andre nach römischen und eine andre nach heutigen Begriffen; ihre ursprüngliche Bedeutung ward verkannt und entstellt, indem die neuern Rechtsgelehrten in den Begriff von dilatoriis diejenigen, welche das gerichtliche Verfahren betreffen, aufnahmen, ja diese als die vorzüg-

---

12) *L. 2. C. de prec. imp. off.* Quoties rescripto nostro moratoria praescriptio permittitur, aditus supplicanti pandatur. Quod autem totius negotii cognitionem tollit et vires principalis negotii exhaurit: sine gravi partis alterius dispendio convelli non potest. Nec praescriptionis igitur peremtoriae relaxatio petatur.

13) L. 24. C. de proc. L. 13. C. de exc.

lichste Classe derselben behandelten, und indem sie die dilatorias des Römischen Rechts beibehielten und mit jenen verbanden, jenes Monstrum zu Tage förderten, was die Rechtswissenschaft entstellt, verwirrt, schändet.

Die ganze Unterscheidung der Einreden in peremtorische und dilatorische läßt sich sehr wohl hören, wenn sie eine bloße Unterabtheilung derjenigen Einreden ist, welche die Sache selbst betreffen. Und wie, wenn gerade das die Meinung des Römischen Rechts gewesen wäre? Man sehe nur an, was die Institutionen von Einreden lehren. Zuerst wird ein Begriff von Einreden gegeben, welcher Einreden, die den Proceß betreffen, nicht mit umfaßt, sondern nur, was vorzugsweise oder simpliciter eine Einrede genannt wird (und zwar nach dem engen Begriff, den das Römische Recht mit diesem Ausdruck verbindet, was die Neuern exceptio juris nennen und von der exceptio facti unterscheiden; beide betreffen aber die Sache selbst) [14]); und darauf folgt jene Eintheilung von Einreden in peremtorische und dilatorische, die zu dem vorhergehenden Gattungsbegriff nicht passen würde, wenn sie in der einen Art, den dilatoriis, solche Einreden mitumschlösse, die nicht die Sache selbst, sondern den Proceß angehen. —

Mögen nun andre, wenn es ihnen so gefällt, diese Ideen weiter ausführen; ich habe das Meinige gethan.

---

14) *pr. J. de exc.* Sequitur ut de exceptionibus dispiciamus. Comparatae autem sunt exceptiones defendendorum eorum gratia, cum quibus agitur. Saepe enim accidit, ut licet ipsa persecutio, qua actor experitur, justa sit, tamen iniqua sit adversus eum, cum quo agitur.

3.

Darf der Richter von Amtswegen Einreden, besonders die von der Verjährung hergenommenen, berücksichtigen?

Die Frage, ob der Richter Einreden von Amtswegen berücksichtigen könne, ist sowohl im Allgemeinen, als besonders in der Anwendung auf Verjährung streitig, und nicht ganz leicht zu beantworten.

Schon die Glossographen stellten die Regel auf, Einreden des Beklagten dürfe der Richter nicht von Amtswegen berücksichtigen, sondern der Beklagte müsse sie entgegensetzen [1]. Es kann dies gar keinen Zweifel leiden in Ansehung solcher Behauptungen, die das Römische Recht wenigstens vorzugsweise unter Einreden versteht, nämlich von Thatsachen, welche machen, daß ein Beklagter gegen eine dem Kläger nach strengem Recht zustehende Klage propter aequitatem in Schutz zu nehmen ist. Einreden dieser Art erscheinen wie Rechtswohlthaten, die man begehren muß, wenn man sie haben will. Indessen gilt jener Satz von Einreden überhaupt; der Richter darf ex officio deren keine ergänzen.

Es scheint aber, daß diejenigen, die das Recht anwandten, in dieser Allgemeinheit an dem Grundsatz keinen Gefallen oder ihn, durch die Anwendung darauf geführt, bedenklich fanden — und sie schränkten ihn ein. Der Richter, sagten sie, darf solche Einreden ex officio berücksichtigen, wodurch die Klage ipso jure aufgehoben wird, wenn aus den Acten klar erhellet, daß sie dem Beklagten zustehen; nament-

1) Glossa fin. in L. ult. D. de hered. pet.

lich gilt dies von der Einrede der Verjährung [2]). Als Grund führten sie an, wie der Richter, was schon den Gesetzen gemäß sey, wissen, auf Rechtswahrheiten schon ex officio Rücksicht nehmen müsse.

Gleich Anfangs scheint es nun aber, daß diese Lehre mit den Grundsätzen der Gerechtigkeit nicht bestehen könne. Wenn der Beklagte dem Kläger die Einrede nicht wirklich entgegengesetzt hat, so ist ja über das Hinwegfallen der Ansprache durch diese Einrede und über den Grund derselben nicht gestritten, so hat ja der Kläger sich dagegen nicht vertheidigt, ja sich dagegen zu vertheidigen keine Gelegenheit gehabt; er wird also, indem aus Gründen gegen ihn geurtheilt wird, denen er keine Gegengründe entgegensetzen durfte — an seiner Vertheidigung verkürzt.

Dieses haben aber die alten Rechtsgelehrten recht wohl gefühlt; denn, um einem solchen Einwurf zu begegnen, bemerken sie, das Urtheil müsse so abgefaßt werden, daß dem Kläger zur Vertheidigung gegen die Einrede und zur Wahrnehmung seiner Gerechtsame, der Weg offen stehe.

Eine Einschränkung dieser Art verhindert nun zwar, daß nicht *contra indefensum et inauditum* verfahren wird, beweis't aber weiter nichts, sondern setzt den zu beweisenden Satz, daß nämlich der Richter Einreden jener Art von Amtswegen ergänzen dürfe, schon als erwiesen voraus. Es ist dieser Grund, daß ich so sage, eine anticipirte Replik, kein fundamentum agendi. Es scheint daher, daß selbst auf diese Art oder mit dieser Einschränkung der Richter, indem er von Amtswegen handelt, doch immer über sein Amt hinausgehe.

---

2) *Mev.* Dec. P. 8. dec. 182. *J. H. Boehmer* jus eccl. Prot. lib. I. tit. 32. §. fin.

Es kann zwar, wenn ich mich so ausdrücken darf, dem Richter in manchen Fällen so zu Muthe seyn, als müsse er Einreden, von denen er sieht, daß sie dem Beklagten zustehen, ergänzen. Er wird vielleicht einen Reiz in sich verspüren, dem Beklagten, der seine Stärke nicht kennt und sich selbst nicht zu helfen weiß, auf diese Art zu Hülfe zu kommen. Aber schuldig ist er nicht dazu — und auch nicht berechtigt. — Ueberhaupt wozu ein Richter nicht schuldig ist, dazu kann er auch nicht berechtigt seyn. — Sowie der Richter in Civilsachen nicht ex officio handelt, sondern Hülfe und Schutz nur verleiht, wenn Hülfe und Schutz von ihm begehrt wird, sowie er dem Kläger nicht hilft ohne Klage, also schützt er den Beklagten nicht ohne Einrede. Einreden sind für den Beklagten, was Klagen für den Kläger sind; sie stehen der Klage gegenüber; sie sind Vertheidigungsmittel, die der Richter dem Beklagten nicht unter den Fuß geben, die er ihm nicht aufdringen, die er nur berücksichtigen darf, wenn der Beklagte zu erkennen gegeben, daß er davon Gebrauch machen wolle. Kurz, nicht der Richter ist es, der den Beklagten vertheidigen soll; er muß sich selbst vertheidigen. Man könnte zwar einwenden. Wenn der Beklagte die Klage im Allgemeinen bestritten hat, so könnte man sagen, jeder Grund, der dazu dienen könne, sey von selbst in seiner Vertheidigung enthalten. Allein, das Bestreiten der Klage im Allgemeinen kann hier nicht hinlänglich seyn, sondern der Beklagte muß zu erkennen geben, daß er gerade von diesem Schutzmittel Gebrauch machen, auf dieses Factum seine Vertheidigung bauen will. Er kann ja sehr wohl gewußt haben, daß ihm diese Einrede zustehe, und absichtlich setzte er sie nicht entgegen, aus Gründen, deren sich manche denken lassen und die z. B. aus sittlichem Gefühl herrühren können, oder aus der Ueberzeugung, daß der Kläger

sie durch Repliken werde entkräften können, oder es würde können, wenn er von der Sache vollständig unterrichtet wäre. Und wenn auch Rechtsunkunde dabei zum Grunde läge, was der Richter nicht wissen und auch nicht voraussetzen kann, so hat er noch nicht die Macht, dem Beklagten gegen die Rechtsunkunde zu Hülfe zu kommen. Der Richter, wenn ihm so ein Umstand in den Acten aufstößt, der zu einer vorgeschützten Einrede nicht mit gehört und auf den der Beklagte sich nicht berufen hat, wird bei sich sprechen: Es wundert mich zwar, daß der Beklagte diesen Umstand bei seiner Vertheidigung nicht benutzt hat, da es indessen einmal nicht geschehen ist, so geht es mich weiter nicht an; ich bin nicht berufen, den Advocaten des Beklagten zu machen. Es wird damit wohl eine besondre Bewandtniß haben. So wird der Richter denken; und, wenn er so denkt, denkt er recht. Und wie kann die ganze Theorie von der Ergänzung von Einreden durch den Richter ex officio, wie kann sie mit der gesetzlichen Verordnung bestehen, daß der Beklagte alle seine Einreden im ersten Termin zugleich mit der Litiscontestation vortragen und späterhin damit nicht weiter gehört werden soll? Also, wenn der Beklagte die Einrede der Zahlung nicht entgegengesetzt hat, der Richter aber späterhin aus den Acten sieht, die Schuld sey getilgt, dann dürfte er, zur Verspottung jenes Gesetzes, dem Beklagten jene Einrede noch immer zu Gute kommen lassen, so als hätte er sie wirklich entgegengestellt? — Ich glaube sogar, wenn auch der Kläger selbst einen Umstand angeführt hätte, geschickt die Klage zu zerstören und dieses wäre in der Replik geschehen, ohne daß der Kläger ein Wort hinzugefügt hätte, weshalb diese Einrede ihm in diesem Fall nicht entgegenstehe, dürfte der Richter im Urtheil, wie sehr es ihm auch

in den Fingern jucken möchte, auf diesen Umstand keine Rücksicht nehmen. Am Ende kann man, genau genommen, nicht einmal sagen, der Richter sehe aus den Acten oder könne sehen, daß dem Beklagten diese Einrede zustehe, sondern vielmehr nur, daß sie ihm, unter gewissen Voraussetzungen, zustehen würde. Doch darüber wollen wir hinwegsehen; denn es soll ja dem Kläger durch das Urtheil des Richters Gelegenheit gegeben werden, zu zeigen, daß die Einrede in diesem Fall dem Beklagten nicht zu Gute komme; — wiewohl es die ganze gesetzliche Ordnung des Verfahrens verrückt, wenn dem Kläger erst durch das Urtheil des Richters zur Vertheidigung gegen die Einrede und zum Vortrage von Repliken Gelegenheit gegeben wird. Auch das will ich übersehen, daß, wenn der Richter Einreden ergänzen dürfte, *de quibus ex actis constat*, man wohl auf den Gedanken kommen könnte, er dürfte auch andre ergänzen, *de quibus ex actis non constat;* weil Mangel des Beweises den Rechtssatz nicht verändern kann. Allein das Constare ex actis soll ohne Zweifel den Rechtssatz nicht begründen, sondern ihn nur bedingen. Darum will ich auch hiervon keinen Grund hernehmen, einen Satz zu bestreiten, dessen Unhaltbarkeit ohnehin klar genug ist.

Ich komme jetzt auf die Verjährung — worunter nur die erlöschende der Klagen gemeint seyn kann. — Darf der Richter nicht wenigstens eine daraus entspringende Einrede ex officio ergänzen, oder ist er auch hier an die Regel gebunden, in Civilsachen handelt der Richter nicht von Amtswegen? Ich sage auf die erste Frage nein und auf die zweite ja.

Es scheint zwar, um bei den rationibus dubitandi anzufangen, als finde bei der Verjährung der Klagen eine Aus-

nahme Statt. Wenn der Richter aus den Acten sieht, daß die gesetzliche Zeit der Klage vorübergegangen ist und sie nicht mehr Statt findet, wie sollte er diesen Umstand nicht eben so gut berücksichtigen können, als wenn der Beklagte wirklich die exceptio praescriptionis vorgeschützt hätte.

Allein, der Richter darf wohl gesetzliche Wahrheiten ex officio, aber keine Thatsachen ergänzen [3]). Daher kann auch der bloße Umstand, daß er Einreden oder vielmehr Thatumstände aus den Acten kennt, welche geschickt seyn möchten, Einreden zu begründen, ihn nicht berechtigen, Einreden, welche facti sind, und namentlich die Einrede der Verjährung, ex officio zu ergänzen, d. h. sie, gleichsam an Stelle des Beklagten, dem Kläger entgegenzusetzen. Es ist keine bloße gesetzliche Wahrheit, daß der Klage Verjährung entgegensteht; — folglich fällt schon der Grund weg, worauf die ganze Lehre von der Macht des Richters, Einreden, namentlich diejenige der Verjährung, zu ergänzen, beruht; — sondern es ist eine Thatsache, daß *in concreto* die Klage durch Verjährung erloschen sey, d. h. daß die Zeit verstrichen ist, welche die Gesetze für die Dauer dieser Art von Klagen vorgeschrieben haben, und daß die gesetzlichen Voraussetzungen der Verjährung in diesem Fall vorhanden sind. Die gesetzliche Wahrheit besteht hier bloß darin, daß Klagen dieser Art binnen einer gewissen Zeit erlöschen; hingegen sind es quaestiones facti, ob eine Verjährung in diesem Fall geschehen, wenn sie angefangen, ob sie vollendet sey, ob sie nicht durch Unterbrechung gestört, nicht durch mala fides gehindert worden. Die exceptio praescriptionis unterscheidet sich von gewöhnlichen Einreden bloß dadurch, daß sie weniger von Thatsachen beigemischt hat, und

daß

3) L. un. C. ut quae desunt adv. part. judex suppleat.

daß ihr Grund bloß darin besteht, daß ein gewisser Zeitraum verstrichen ist, während die Behauptung, daß die Verjährung nicht unterbrochen, nicht gehindert sey, zwar im Grunde auch dazu gehört, aber als Verneinung einer etwanigen Replik nicht zum Beweise des Beklagten steht. Wenn bloß behauptet wird, daß gar kein Klagerecht vorhanden, d. h. nie vorhanden gewesen sey, was gar keine wahre Einrede, sondern Erinnerung an eine gesetzliche Wahrheit ist, das kann der Richter, eben weil es nichts weiter ist, *ex officio* berücksichtigen; allein anders ist es, wenn behauptet wird, daß durch Dazwischenkunft von Thatsachen oder Ereignissen das ursprüngliche Klagerecht in der Folge erloschen sey, und das ist gerade bei der Verjährung der Fall.

Also bleibt es auch in Ansehung der exceptio praescriptionis bei der Regel und zwar um so mehr, da es gerade hier sehr leicht seyn kann, daß der Beklagte mit Absicht z. B. aus Ehrgefühl unterlassen hat, sich auf Verjährung zu berufen, z. B. er will sich zwar durch Zahlung u. s. w. schützen, aber dieses Schutzmittel scheint ihm anstößig zu seyn, er verachtet es u. s. w.

Nämlich, was die Theorie betrifft, bleibt es bei der Regel; denn die alten Rechtsgelehrten berufen sich auch auf den Gerichtsgebrauch, welcher die entgegengesetzte Meinung in Schutz genommen haben soll. Ita communis *et in praxi forensi recepta sententia* jureconsultorum habet, schreibt Mevius [4]). Ob das wahr sey, lasse ich dahin gestellt seyn.

---

4) P. 8. dec. 182. nota 2.

4.

Fundamentum excipiendi oder vom Inhalt der Einreden.

Oft habe ich daran gedacht, was ist es im Allgemeinen, was als Einrede, namentlich zerstörliche, oder überhaupt, die Sache selbst betreffende den Klagen entgegengesetzt werden und womit ein Beklagter gegen das Verlangen seines Gegners sich schützen kann? Dann wunderte ich mich, daß über diesen Punct tiefes Schweigen unter den Rechtsgelehrten herrscht. Von einzelnen Einreden ist genug die Rede; was aber die Einrede im Allgemeinen betrifft, wird von jener Frage eigentlich gar nicht gehandelt und kaum kommen einzelne hieher gehörige Bemerkungen in den Schriften der Rechtsgelehrten vor.

Um also die Bahn zu brechen: —

1) was dilatorische, oder besser, proceßhindernde, oder noch besser, das gerichtliche Verfahren betreffende Einreden betrifft, bei diesen wird der Einwand meistens in einem Berufen auf das Gesetz und, in Hinsicht der Thatsachen, darin bestehen, daß etwas nicht geschehen sey, z. B. daß nicht der gehörige Richter angetreten, die Sache nicht zum gehörigen Proceß eingeleitet sey, der Kläger sich nicht legitimirt, den Beklagten der Kosten wegen nicht sicher gestellt habe u. s. w. Ohne mich hierbei weiter aufzuhalten, rede ich

2) von denjenigen, welche die Sache selbst betreffen und welche die eigentlich oder simpliciter so zu nennenden Einreden des Beklagten sind, nämlich von den Einreden gegen die Klage selbst.

a) Im Verhältniß zu dem Beklagten kann dem Kläger manches Unerlaubte zur Last fallen, ohne daß es doch gerade

zu einer der gegenwärtigen Klage entgegenzusetzenden Einrede dienen oder als so etwas benutzt werden könnte, was geschickt wäre, die Ansprache des Klägers ganz oder zum Theil zu vereiteln. Soll dieses Letztere Statt finden, so muß sich ein Widerspruch zwischen der Klage und der Einrede ergeben, wenn auch nicht geradezu, doch per consequentiam, z. B. was der Beklagte zur Sprache bringt, muß eine Gegenforderung und Abrechnung begründen, daraus also hervorgehen, daß der Kläger ganz oder zum Theil befriedigt, nichts oder nicht soviel zu fordern habe.

b) Einreden bestehen in der Behauptung eines Thatumstandes, welcher geeignet ist, die an sich gegründete Klage zu vereiteln. Dieses Factum kann Vertrag mit dem Gläubiger oder irgend ein andres seyn, was, dem Gesetz zufolge, geeignet ist, die Klage zu vereiteln. Wie es, um mit Erfolg zu klagen, erforderlich ist, daß der Kläger sich auf ein Factum beruft, was, den Gesetzen zufolge, geeignet ist, das Verlangen des Klägers zu begründen, also gehört es zur Begründung einer Einrede, daß der Beklagte sich auf ein Factum beruft, welches, den Gesetzen zufolge, geeignet ist, ihn dem Verlangen des Klägers zu entziehen. Der letzte Grund der Einrede scheint also das Gesetz zu seyn, welches den Beklagten gegen das Verlangen des Klägers in Schutz nimmt. Was das Römische Recht unter Einrede versteht und die Neuern exceptio juris nennen, entspringt ohne Zweifel aus dieser Quelle [1]), daher auch der Name sehr passend ist. Bei andern Einreden kann freilich am Ende auch das Gesetz als die letzte Quelle derselben angesehen werden; indessen scheint es kaum nöthig zu seyn,

1) §. 7. *J. de exc.* Quarum (sc. exceptionum) quaedam ex legibus, vel ex iis, quae legis vicem obtinent, vel ex ipsius Praetoris jurisdictione substantiam capiunt.

diejenigen, welche auf Tilgung der Verbindlichkeit gerichtet sind, und das sind gerade die meisten, aus dem Gesetz abzuleiten. Wenigstens kann man nicht sagen, daß das Gesetz die Einrede giebt, wie bei der exceptio juris; die Einrede folgt von selbst daraus, daß, vermöge jenes Facti, das Recht zu klagen aufgehört hat, weil die Forderung oder, wie bei der Verjährung, wenigstens das jus agendi erloschen ist.

c) Nach Schmidt [2]) setzt jede Einrede ein Recht auf Seiten des Beklagten voraus, und Weber handelt in einer eignen diesem Gegenstand gewidmeten Abhandlung über die Verschiedenheit der Rechtsverfolgung durch Klagen und durch Einreden. Einen so trefflichen Schriftsteller hört man gern selbst reden, weil alles sehr durchdacht und jedes Wort bei ihm bedeutend ist. Ich will daher eine Stelle hier einschalten, die schon dem verst. Danz so wohl gefiel, daß er sie, doch nicht ganz vollständig, wörtlich in seine Grundsätze des ordentlichen Processes [3]) aufnahm. (Besser wäre es indessen gewesen, er hätte sie, wenn er doch davon Gebrauch machen wollte, nicht unter die allgemeinen Grundsätze von Einreden, sondern unter die besondern von peremtorischen aufgenommen). Ich thue es theils, um ihn zu ergänzen, theils, wenn ich kann, zu berichtigen.

Die Stelle lautet, wie folgt: „Ueberhaupt aber kann „man auf diesem Wege (der Einrede) nur solche Rechte gel„tend machen, mit denen der Anspruch des Klägers, seiner „jetzigen Intention gemäß, nicht bestehen kann. Dieß nun „vorausgesetzt, wie es die Natur der Sache schon mit sich „bringt, so geht die Befugniß, welche der Beklagte mittelst

2) praktisches Lehrbuch von Klagen und Einreden §. 117.

3) §. 154.

„einer Einrede anbringt, entweder zunächst dahin, daß er das-
„jenige Sich zueignen dürfe, was der Kläger von ihm fordert;
„oder daß der Kläger zuvörderst etwas zahlen oder leisten
„solle, was der Beklagte mit vollkommenem Rechte von ihm
„zu fordern hat. Im ersten Falle gilt die Regel: Possiden-
„tes exceptionem, non possidentes actionem habemus
„L. 52. D. de adquirendo rer. domin.; im zweiten Falle
„aber heißt es: Quod contraria actione consequi quis-
„que potest, id etiam directa actione conventus, per
„exceptionem urgere potest L. 18. §. fin. D. commodati.
„Wenn aber die gegenseitigen Forderungen in Ansehung der
„Personen oder Gegenstände nicht in dem vorausgesetzten Ver-
„hältnisse stehen; wenn das Recht des Beklagten die Forde-
„rung des Klägers an sich nicht aufhebt oder mindert, wenn
„es mit dem Gegenstande der Klage in keiner solchen Ver-
„bindung stehet, wie sie das Retentionsrecht erfordert; so ist
„auch die Rechtsverfolgung mittelst einer Einrede, der Regel
„nach, nicht nur unzulässig, sondern auch der Beklagte, wel-
„cher ohne Beistand der Rechte dem Kläger das Seinige vor-
„enthält, zur Vergütung alles daher entstandenen Schadens
„verbunden. Eine Ausnahme von dem bisher Angeführten
„enthält 1) die Verordnung L. un. C. etiam ob chirogra-
„phar. caus., wornach der besitzende Pfandgläubiger auch we-
„gen anderer Forderungen, wofür die Sache eigentlich nicht
„verpfändet ist, dennoch das Zurückbehaltungsrecht ausüben
„darf. Auch kann bekanntlich 2) das Spolium einer jeden
„Klage, wenn es gleich mit dem Gegenstande derselben kei-
„nen Zusammenhang hat, gültig entgegengesetzt werden [4]."

Hat Weber sagen wollen, daß bei jeder Einrede ein

4) S. Weber von Klagen und Einreden erstes Stück, Nr. 1. S. 14

Recht zum Grunde liegt, was auf diesem Wege geltend gemacht wird — oder ging seine Meinung nur dahin, daß Fälle vorkommen können, in welchen man Rechte durch Einreden geltend machen kann? Ich denke, das Letztere. Denn, wie könnte wohl bei allen solchen Einreden, die darauf gerichtet sind, daß die Verbindlichkeit erloschen sey, das Recht des Klägers aufgehört habe oder zur Zeit nicht oder nicht in seinem ganzen Umfange geltend gemacht werden könne, von Rechten des Beklagten die Rede seyn, die per modum exceptionis geltend gemacht werden?

Es kommen freilich Fälle vor, wo der Beklagte gegen die Klage sich darauf beruft, daß die Sache, die der Kläger in Ansprache nimmt, ihm selbst gehöre; allein, wenn er sich dieses Einwandes bedient, thut er gleichsam ein Uebriges, da er sich gewöhnlich damit begnügen könnte, dem Kläger ein Recht auf die Sache streitig zu machen [5]). (Ich sehe übrigens wohl, daß Webers Behauptung so allgemein lautet, daß auch persönliche Klagen darunter begriffen seyn können; dann aber müßte ich wieder auf meine vorige Bemerkung zurückkommen, daß bei Einreden, die auf Erlöschung der Verbindlichkeit gehen, von keinen Rechten, die dadurch geltend gemacht werden, die Rede seyn könne.) Es bliebe also nur noch das Rententionsrecht übrig und hier scheint es nun allerdings, dieses könne zum Beispiel dienen, daß man auch Rechte durch Einreden geltend machen könne. Allein, es ist hier auch die Ansicht möglich, daß in Fällen, wo das Retentionsrecht Statt findet, der Kläger kein Recht habe, die Sache fordern oder zurückfordern zu können, bis er selbst einer gewissen Verbindlichkeit ein Genüge gethan. Die römischen Gesetze reden

---

5) S. meine Lehre vom Eigenthum S. 367. 398.

hier, meines Wissens, auch von keinem **Recht** des Beklagten, sondern von einer ihm zustehenden **Einrede** (der exceptio doli). Wenigstens ist ein Recht unvollkommen, was nicht klagend verfolgt werden kann, was bloß auf's Behalten, nicht aber auf's Fordern oder Wiederfordern des einmal Weggegebenen gerichtet ist [6]). Ebenso verhält es sich mit dem Satz des Canonischen Rechts (der, wie so vieles aus dieser Quelle, ursprünglich irrthümlicher Auslegung seine Entstehung verdankt [7])), wornach ein Besitzberaubter nicht nöthig hat, gegen seinen Gegner, ehe dieser den Raub zurückgegeben, zu Recht zu stehen, sich mit ihm in einen Streit vor dem Richter einzulassen. Auch hier ist nur die Rede davon, daß eine Verbindlichkeit zur Einlassung fehlt und eine Einrede darauf gebauet werden kann [8]). Will man indessen die gewöhnliche Ansicht beibehalten und namentlich das Retentionsrecht als etwas Positives, als ein wirkliches Recht betrachten, so scheint es mir doch ein unpassender Ausdruck zu seyn, wenn man sagt, man könne Rechte per modum exceptionis **verfolgen**. Man kann doch immer nur **Einreden auf Rechte gründen**, die in ihren Wirkungen machen, daß wir nicht nöthig haben, dem Kläger das Object, wovon die Rede ist, herauszugeben. Ueberhaupt ist zwischen dem Recht und der Einrede eine so große Feindschaft, daß sie wohl einander entgegenstehen, nicht aber zu einander kommen können. Was man durch Einreden geltend machen kann, sind nicht Rechte, sondern Mangel an Rechten auf jener, von Verbindlichkeiten auf dieser

---

6) *L. 51. D. de cond. indebiti.* Ex quibus causis retentionem quidem habemus, petitionem autem non habemus, ea, si solverimus, repetere non possumus.

7) *J. H. Boehmer* ad c. 2. X. de ord. cogn.

8) cap. 2. X. de ord. cogn.

Seite. Eine Ausnahme möchte die restitutio in integrum begründen, weil man diese auch per modum exceptionis, wenn man anders überhaupt dazu berechtigt ist, fordern kann. Allein, dies ist wenigstens nicht ganz ausgemacht. Mehrere behaupten, man könne es nicht [9]); — und die Stellen, worauf die entgegengesetzte gemeine Meinung sich stützt, die deren Vertheidiger Glück [10]) dafür anführt [11]), lassen sich auch so erklären, daß einer, der restitutio hätte begehren können, aus demselben Grunde gegen eine angestellte Klage in Schutz zu nehmen sey. Sonst wäre auch die Definition unvollkommen, welche Paulus giebt: Integri restitutio est redintegrandae rei vel causae *actio* [12]).

d) Wem das Gesetz, im Fall er ihn verloren hat, durch eine Klage zum Besitz der Sache wiederverhilft, den schützt es auch, wenn er verklagt wird, durch eine Einrede, daß er nicht nöthig hat, die Sache aus den Händen zu geben. Diese Regel wird schon, ich möchte sagen, durch das principium parsimoniae gerechtfertigt. Denn, was hülfe dem andern der Besitz, den er doch wieder abtreten müßte; dadurch, daß er ihm nicht zuerkannt wird, werden Mühe und Kosten erspart. Aber, noch näher liegt ein andrer und der wahre Grund. Indem das Gesetz Jemandem eine Klage zur Wiedererlangung des Besitzes gewährt, eo ipso erklärt es, daß er im Besitz bleiben soll. Die Klage, die es gewährt, hüllt zugleich die Einrede ein. Jene kann als das *Plus* angesehen werden; diese als das *Minus*.

Die Regel selbst ist noch deutlicher, als in der von We-

---

9) S. *Hofacker* princ. jur. Rom. tom. 2. §. 812.

10) Erl. der II. Thl. 5. S. 413. folg.

11) L. 9. §. 3. D. quod metus causa. L. 9. §. 4. D. de jurejur.

12) *Pauli* rec. sent. I. 7. §. 1.

der angeführten Stelle, wo sie nur gelegentlich vorkommt und welche vollständig also lautet:

> Rem in bonis nostris habere intelligimur, quotiens possidentes exceptionem; aut amittentes, ad recuperandam eam, actionem habemus;

in folgender, die ihren Platz eben unter den Rechtsregeln behauptet, enthalten:

> *L.* 146. §. 1. *D. de reg. jur.* Cui damus actiones, eidem et exceptionem competere multo magis quis dixerit.

Das Echo des Römischen Rechts giebt diese Regel auf folgende Art wieder:

> *cap.* 74. *de reg. jur. in* 6*to.* Qui ad agendum admittitur, est ad excipiendum multo magis admittendus.

c) Da ich hier vom Inhalt der Einreden handle, will ich auch dies nicht unberührt lassen, daß unter mehreren Einreden jede als ein von den übrigen geschiedenes Wesen, als ein für sich bestehendes Ganze zu betrachten ist, so daß sie sogar mit einander in Widerspruch stehen können, ohne einander aufzuheben [13]). Sie haben unter sich nichts weiter gemein, als daß sie in dem letzten Zweck — der Vertheidigung gegen die Klage — zusammentreffen. Diesen Zweck zu erreichen, kann der Beklagte verschiedene Mittel in Anwendung bringen, von denen das eine gut ist, wenn das andre seinen Dienst versagt. Begünstigung der Vertheidigung in hohem Grade scheint indessen bei dem Satz, daß man mehrere widersprechende Einreden häufen dürfe, zum Grunde zu liegen.

---

13) *L.* 8. *D. de exc.* Nemo prohibetur pluribus exceptionibus uti, quamvis diversae sunt.

5.

Ueber die exceptio plus petitionis.

Die alten Rechtsgelehrten fanden ihre Freude daran, eine Menge Namen von Einreden zu erfinden, die sich bis auf unsre Zeiten erhalten haben. Es hat sich aber unter diesen Benennungen manches eingeschlichen, was keine wahre Einrede ist, indessen fortwährend dafür gilt, weil man sich nicht die Mühe nimmt, die Sache näher zu untersuchen. Dahin rechne ich die sogenannte exceptio plus petitionis. Die Rechtsgelehrten halten sie für eine dilatorische Einrede (in dem gewöhnlichen Sinn, worin sie diesen Ausdruck gebrauchen), welche so oft Statt findet, als der Kläger sich einer Zuvielforderung schuldig macht, mag er nun, nach den vier verschiedenen Arten, die der §. 33. I. de act. unterscheidet, re oder tempore, loco oder causa zu viel begehren. Sie berufen sich zum Beweise, daß exceptio plus petitionis zu den Einreden und zwar den verzögerlichen gehöre, auf §. 10. I. de except. [1]), und legen ihr dieselbe Wirkung bei, welche andere Einreden dieser Art hervorbringen, daß der Beklagte von der Instanz zu entbinden ist [2]).

Unter der exceptio plus petitionis kann gar mancherlei versteckt seyn, bisweilen liegt auch eine Einrede darunter verborgen, aber lange nicht in allen Fällen. Nur, wenn man unter einer Einrede eine jede Anführung des Beklagten versteht, deren er sich zu seiner Vertheidigung bedient, nur dann kann man die exceptio plus petitionis im Allgemeinen für eine wahre Einrede erklären. Aber, wer beides von einander

1) *Zanger* de except. Lib. 2. cap. XI. No. 1 et 2.

2) *Zanger* c. l. n. nr. 12.

absondert, Einreden und das, was zur Geschichte der Klage, oder vielmehr zu demjenigen gehört, was die Klage begründet, wer überhaupt gehörig unterscheidet, der wird, bei Zergliederung der exceptio plus petitionis, darin entdecken meistens eine verneinende Einlassung auf die Klage, oder auch eine Abläugnung des Klagerechts, bisweilen eine peremtorische Einrede, oder vielmehr, unter der Form einer exceptio plus petitionis, eine Folgerung aus jener, selten nur eine dilatorische.

Wenn Jemand vom Richter begehrt, daß er den Gegner verurtheilen und nöthigen solle, einer gewissen Forderung ein Genüge zu leisten, so gehört zur Begründung dieses Antrags, nicht nur, daß die Forderung überhaupt vorhanden, sondern auch, daß der Kläger schon jetzt befugt sey, was er fordert, zu begehren. Setzen wir, der Kläger fordert 1000 Rthlr., weil der Beklagte sie ihm versprochen, der Beklagte gesteht das Versprechen, behauptet aber, er habe nicht, wie angegeben, am 4ten Dezember 1820, sondern erst am 4ten Dezember 1821 zu zahlen versprochen, in diesem Falle ist er der Klage nicht durchgehends geständig gewesen. Nach der Kunstsprache würde er exceptionem plus petitionis ratione temporis vorgeschützt haben. Aber in der That hat er nur einen Theil des Klagegrundes verneint. Zwar, in der Wirkung kommt seine Behauptung, oder vielmehr das darin enthaltene Läugnen, mit einer dilatorischen Einrede überein, deshalb nimmt sie jedoch das Wesen einer Einrede nicht an. Der Beklagte muß, wenn der Kläger zu früh gefordert hat, zur Zeit freigesprochen, der Kläger einstweilen mit seiner Klage abgewiesen werden, aber nicht, weil des Beklagten Einwand gegründet ist, sondern

weil es der **gegenwärtigen** Klage am Grunde gebricht, oder m. a. W., weil der Kläger für jetzt das nicht zu fordern berechtigt war, was er begehrt.

Setzen wir einen andern Fall. Dem Beklagten liegt eine alternative Verbindlichkeit ob, und der Kläger fordert bestimmt das Eine. Hierauf wendet der Beklagte ein: Du machst Dich einer Plus petitio quoad causam schuldig, indem du mir die Wahl entziehst, die mir als Schuldner zusteht. Ist dies eine Einrede, oder ist es nicht vielmehr eine Abläugnung des Klagrechts?

Ein dritter Fall soll seyn. Der Beklagte schützt den Einwand vor, ihm stehe eine Gegenforderung zu, wodurch die eingeklagte Schuld **zum Theil** aufgewogen werde, **folglich** begehre der Kläger **zu viel**; er bedient sich also der exceptio compensationis, hinc plus petitionis. Hier ist exceptio plus petitionis eine peremtorische Einrede, oder vielmehr eine Form, wodurch das **Ergebniß** einer solchen ausgedrückt wird.

Nur in einem Fall wird exceptio plus petitionis das Aushängeschild einer **wahren** verzögerlichen Einrede seyn, nämlich, wenn der Beklagte seinem Gegner den Einwand macht, die Klage werde zu früh erhoben **und** er dabei die Unzeitigkeit der Klage **aus spätern Ereignissen** ableitet, wodurch er Frist erlangt habe, z. B. er beruft sich auf ein Moratorium, oder auf ein pactum de non petendo intra certum tempus. Dann enthält sein Einwand eine **selbstständige Behauptung**, welche gegründet von der Art ist, daß er dadurch gegen das Verlangen des Klägers zur Zeit in Schutz genommen wird. Aber, selbst diese dilatorische Einrede, da sie nicht sowohl das gerichtliche Verfahren betrifft, als vielmehr in die Sache selbst eingeht, ist keine verzögerliche Einrede, im gewöhnlichen Sinn, keine proceßhindernde, welche

die Wirkung hervorbringt, daß der Beklagte von der Instanz entbunden werden muß, sondern sie ist eine exceptio dilatoria im römischen Sinn, welche macht, daß der Kläger mit seiner unzeitigen Klage für jetzt abgewiesen werden muß; sie ist sammt allen, welche die Sache selbst betreffen, eine cospecies der peremtorischen, unter denen sie nach der Einlassung ihre schickliche Stelle findet.

Die oben angeführte Stelle der Institutionen bestätigt die gewöhnliche Theorie nicht, wohl eher diese, wenn sie noch einer Bestätigung bedürftig wäre. Denn Justinian bemerkt keinesweges, daß ein jedes Berufen auf eine vom Gegner begangene Pluspetitio eine Einrede enthalte, und noch weniger eine dilatorische, sondern er spricht von demjenigen, der tempore zu viel fordert, indem er die exceptio pacti conventi, ne intra certum tempus ageretur, zu den dilatorischen Einreden rechnet.

Anm. Diese kleine Abhandlung erschien zuerst im Archiv für die civilistische Praxis, Bd. 7. S. 106. folg. Bei der gewonnenen größern Einsicht in die wahre Natur der verzögerlichen Einreden, bedurfte sie an einigen Stellen einer kleinen Nachhülfe, die ihr hier zu Theil geworden ist.

6.

Von den befreiten Schutzreden des Beklagten.

§. 1.

Die Regel.

In Ansehung der Zeit, zu welcher nach Römischem Proceß ein Beklagter seine zerstörlichen Schutzreden vorzuschützen hatte, pflegen wohl die Ausleger zwischen den actionibus bonae fidei und stricti juris zu unterscheiden. Bei den letztern, sagen sie, mußte der Beklagte die Einreden mit der Antwort

auf die Klage verbinden [1]); sie machten einen Theil der Litiscontestation aus, welche vor dem Prätor oder in jure geschah. Hatte der Beklagte seine Einreden nicht bei der Litiscontestation vorgeschützt, so nahm der judex (pedaneus) in judicio keine Rücksicht darauf. Es hieß vielmehr: Ultra id, quod in judicium deductum est, excedere potestas judicis non potest [2]). Denn dieser war strenge an die Instruction, die ihm der Prätor ertheilt hatte — an die formulam judicii — gebunden. Anders verhielt es sich bei den actionibus bonae fidei; hier war die Gewalt des judex (arbiter) nicht so beschränkt, wie bei den judiciis stricti juris; die formula judicii war von weiterer Ausdehnung. Hier konnte der Beklagte auch noch in judicio, noch bis zum Urtheilsspruch hin, Einreden vorschützen, von denen er früher keinen Gebrauch gemacht hatte. Dieser Unterschied erhielt sich sogar, nachdem die Einrichtung, zur Ausmittelung des Facti und Fällung des vorgeschriebenen Rechtsspruchs judices zu bestellen, schon von Diocletian [3]) auf Nothfälle beschränkt und die Ausnahme zur Regel umgeschaffen war [4]). Doch machen Einreden einer gewissen Art, nämlich solche, wobei es keines Berufens auf ein Factum, sondern nur auf's Gesetz bedarf, welches den Beklagten wegen seiner persönlichen Qualität schützt, wie die exceptio divisionis, eine Ausnahme, als

---

1) L. 9. C. de praescr. longi temp. L. 8 et 9. C. de except.

2) L. 18. D. com. div.

3) in der L. 2. C. de pedaneis judicibus.

4) L. 3. D. de rescind. vend. L. 84. §. 5. D. de leg. I. L. 38. L. ult. D. de hered. pet. *Duaren.* ad tit. C. de probat. c. 4. et ad tit. Dig. de except. *Donell.* ad l. 5. C. de pactis n. 9. *Idem* Com. jur. civ. lib. 22. cap. 8. *Zanger* de except. P. 3. cap. 16. n. 29. sq. *Vinn.* ad §. 11. J. de except. no. 4. sq. ibique *Heinec.*

welche ohne Rücksicht auf jenen Unterschied bis zum Urtheil hin vorgeschützt werden können [5]).

Also etwa lehren diejenigen, welche am besten von der Sache unterrichtet seyn wollen, wobei sie jedoch hinzusetzen: gegenwärtig falle der Unterschied zwischen actionibus bonae fidei und stricti juris hinweg und von den letztern würde jetzt, was von den erstern, gelten; — wenn hier nämlich nichts weiter in Betrachtung käme, als das Römische Recht. —

Es fehlt aber nicht an solchen, welche behaupten, daß schon selbst nach neuerm Römischen Recht zerstörliche Einreden ohne Unterschied zu jeder Zeit vorgeschützt werden können; es müsse nur vor dem Urtheilsspruch geschehen [6]).

Eine eigne Meinung hegt Huber [7]). Er hält nämlich dafür, daß peremtorische Einreden zu jeder Zeit opponirt werden können, sie müßten nur bei der Litiscontestation generaliter contestirt seyn. Dies gelte nun auch von den actionibus bonae fidei, in Ansehung deren es nach älterm Römischen Recht keiner Contestation in jure bedurft habe, gelte nämlich, seitdem die Einrichtung mit dem judex aufgehoben worden.

5) *L.* 10. §. 1. *C. de fidejussor.* Ut autem is, qui cum altero fidejussit, non solus conveniatur, sed dividatur actio inter eos, qui solvendo sunt, ante condemnationem ex ordine postulari solet. *Anton Faber* in Cod. suo tit. de except. defin. 1. nr. 3. *Vinn.* c. l. no. 8. Indessen erklärt Huber (Prael. ad Dig. lib. 44. tit. 1. §. 2.) die Stelle so, daß sie nicht sowohl eine Ausnahme, als vielmehr eine Anwendung jener Regel enthält. Man muß nämlich hinzudenken, daß die Einrede nöthigenfalls bei der Litiscontestation gehörig contestirt worden.

6) *Mynsinger* 1. obs. 24. *Gail* 1. obs. 74. *Perez* ad tit. C. de exc. nr. 10. Sie berufen sich dabei auf L. 4 et 8. C. de exc. L. 2. C. sent. sine appell. resc. non posse.

7) Prael. ad Dig. lib. 44. tit. 1. §. 1.

Allerdings lassen die hierher gehörigen Gesetzstellen dem Zweifel Raum; wenigstens muß man gestehen, es schwebe ein gewisses Dunkel über diese Sache. Ob jemals zwischen den actionibus bonae fidei und stricti juris ein Unterschied gerade in der Art, wie die Ausleger annehmen, Statt gefunden habe, das scheint sehr ungewiß zu seyn. Die Stellen, worauf sie sich berufen, dürften es wohl nicht eben hinlänglich beweisen. Wenn es in den Pandecten von diesem oder jenem Umstande heißt: haec exceptio bonae fidei judicio inest, oder etwas Aehnliches, so ist das wohl nur ein andrer Ausdruck für den Satz, daß überhaupt kein Klagerecht Statt finde, es der Entgegensetzung einer Einrede im eigentlichen Sinn nicht bedürfe, der Richter darauf schon von Amtswegen Rücksicht zu nehmen habe u. s. w. Im Uebrigen war es wohl auch bei den actionibus bonae fidei, gleichwie bei den actionibus stricti juris, nöthig, daß Thatumstände, wodurch der Beklagte sich vertheidigt und welche als wahre Einreden anzusehen sind, bei der Litiscontestation angeführt wurden. Es fragt sich nur, ob peremtorische und überhaupt die Sache selbst betreffende Einreden, wenn sie bei der Litiscontestation nicht vorgeschützt waren, noch in der Folge nachgeholt werden konnten. Mehrere leges Codicis stellen deutlich und ohne zwischen actionibus bonae fidei und stricti juris zu unterscheiden, den Satz auf — doch nicht als einen neuen, sondern als einen alten, längst bekannten — vor dem Urtheil sind alle Vertheidigungsmittel gut, und der Macht, die Klage durch Einreden zu bekämpfen, setzt erst das ausgesprochene Urtheil des Richters ein Ziel [8]). Es scheint indessen, daß ihrer doch immer

8) *L. 4. C. de exc.* Cum non- | dum finitam sententia causam, sed

mer bei der Litiscontestation im Allgemeinen erwähnt werden mußte, wegen der Worte der L. 8. C. de exc.: Exceptionem peremptoriam, *quam ante contestari sufficit, omissam* etc. Und zwar dürfte es sich damit so verhalten. Einreden sind Vertheidigungsmittel, deren es nur bedarf, wenn die Klage an sich gegründet ist. Wenn also der Beklagte die Klage läugnet, was hier vorauszusetzen ist, dann hat er nicht nöthig, dem Kläger Einreden gleich Anfangs entgegenzusetzen, sondern es ist vorläufig genug, ihrer zu erwähnen, als solcher, die ihm zustehen; erst, wenn der Kläger seinen Beweis geführt hat — welches nach Römischem Proceß geschieht, ohne daß ein Urtheil, wodurch auf Beweis erkannt wird, vorhergeht — befindet er sich in dem Fall, von ihnen wirklich Gebrauch machen, d. h. sie entgegensetzen und nicht bloß entgegensetzen, sondern auch beweisen zu müssen, welches beides geschehen muß, ehe denn der Richter das Urtheil spricht [9].

---

dilatam allegetis, non est dubium, omnes integras defensiones (vobis) esse. *L. 8. C. eod.* Praescriptionem peremptoriam, quam ante contestari sufficit, omissam, priusquam sententia feratur, objicere quandoque licet. *L. 2. C. sent. sine app. resc. non posse.* Peremptorias exceptiones omissas in initio, antequam sententia feratur, opponi posse, perpetuum Edictum manifeste declarat. Quod si aliter actum fuerit, in integrum restitutio permittitur. Nam judicatum contra majores annis vigintiquinque non oppositae praescriptionis velamento, citra remedium appellationis, rescindi non potest.

9) *L. 9. C. de exc.* Si quidem intentionem actoris probatione deficere confidis, nulla tibi defensio necessaria est. Si vero de hac confitendo, exceptione te munitum asseveras, de hac tantum agi convenit. Nam si etiam de intentione dubitas: habita exceptionis contestatione, tunc demum, cum intentionem (suam) secundum asseverationem suam petitor probaverit, huic esse locum monstrari convenit. Huber (a. a. O.) scheint mir hier ganz auf rechtem Wege, wenn er bemerkt: Leges 8

§. 2.

Die Ausnahmen.

Die Regel des Römischen Rechts bringt es mit sich, daß zerstörliche Einreden vor dem Urtheilsspruch vorzuschützen sind. Von dieser Regel sind jedoch mehrere Einreden ausgenommen, und selbige würden befreite zu nennen seyn im Sinne des Römischen Rechts. Sie können selbst noch nach dem Urtheilsspruch, obgleich er in Rechtskraft übergegangen, vorgeschützt werden und hemmen dessen Vollziehung. Dahin gehören

1) die *exceptiones Senatusconsultorum Vellejani et Macedoniani* [10].

Worin mag wohl der Grund liegen, daß diese Einreden eines solchen Vorzugs genießen? Daß eine Berufung auf das Senatusconsultum Vellejanum noch nach dem rechtskräftigen Urtheil Statt findet, darf uns weniger Wunder nehmen, da ein Frauenzimmer, was von freien Stücken gezahlt hat, das Gezahlte zurückfordern kann, wenn es nämlich aus Unkunde des Rechts gezahlt hat [11]. Aber auch den Haussohn schützt das Gesetz gegen die Klage; er kann zwar das Gezahlte nicht zurückfordern; so lange er aber, was er zum Darlehn empfing, nicht wirklich weggegeben, kann er sich auf

---

et 9. h. t. et aliae, quae de contestatione loquuntur, non distinguunt inter judicia bonae fidei et stricti juris, sed tantum docent, reum non cogi suas exceptiones statim prosequi, sufficere simplicem earum contestationem in principio, tum exspectare eum posse, donec actor suum jus probaverit; nam, si is deficiat, non est, quod ipse de exceptione laboret, eaque res non habet usum, nisi contestatione ab initio facta.

10) *L. 11. D. de Senatusc. Maced.* — si non opposita exceptione condemnati sunt, utentur Senatusconsulti exceptione. Et ita Julianus scribit in ipso filiofamilias, exemplo mulieris intercedentis.

11) L. 40. D. de cond. indeb.

das Gesetz berufen, obgleich er, weil er früher darauf sich nicht berief, verurtheilt ist. Der richterliche Ausspruch, welcher Gesetzeskraft erlangt hat, sollte billig ebensoviel oder noch mehr gelten, als das Gesetz, da jener die Rechtsverhältnisse zwischen diesen Individuen von Staatswegen feststellt, während das Gesetz dergleichen nur im Allgemeinen bestimmt. Cocceji [12]) führt als Grund an, es könnten überhaupt alle Einreden, die das Gesetz selbst an die Hand giebt (exceptiones, quae ipsa lege insunt, wie er sich ausdrückt), noch bei der Execution opponirt werden. Ich bezweifle die Allgemeinheit dieses Satzes; wenigstens von der exceptio divisionis gilt das Gegentheil, als welche *ante condemnationem* vorzuschützen ist. Richtiger ist es wohl, wenn man mit Gerhard Noodt [13]) sagt, das Senatusconsultum Vellejanum gehört zu den verbietenden Gesetzen und es findet darauf, dem Gesetz zufolge, keine Entsagung Statt; das Senatusconsultum Macedonianum hat aber den Vortheil dritter Personen zum Zweck und der Haussohn, so lange er ein solcher ist, kann ihm nicht entsagen.

Man rechnet hierher 2) die *exceptio compensationis*.

L. 16. §. 1. *D. de compensat.* Cum intra diem ad judicati executionem datum judicatus Titio agit cum eodem Titio, qui et ipse pridem illi judicatus est, compensatio admittetur: aliud est enim, diem obligationis non venisse; aliud humanitatis gratia tempus indulgeri solutionis.

L. 2. *C. de compensat.* Eum vero, qui judicati convenitur, compensationem pecuniae sibi debitae implorare posse, nemini dubium est.

12) jus. civ. controv. h. t. qu. 11.

13) Com. ad tit. Dig. de Senatuscons. Maced. in fine.

Es könnte zuvörderst die Frage entstehen, ob hier nicht von einer Gegenforderung die Rede ist, die erst nach der rechtskräftigen Entscheidung entstanden ist; da aber die Stellen allgemein reden, so sind sie auch allgemein zu verstehen. Fragt man dann nach dem Grunde, so kann es wohl kein andrer seyn, als daß exceptio compensationis keine wahre Einrede im Sinne des Römischen Rechts ist, sondern sie besteht in dem Berufen auf eine Thatsache, woraus hervorgeht, daß, weil die Forderung durch Gegenforderung aufgehoben ist, gar kein Klagerecht mehr vorhanden sey. Daraus würde dann die Folgerung sich ergeben, wie das, was hier von der exceptio compensationis gesagt ist, auf jede andre, von den Neuern sogenannte, exceptio facti gleichfalls anwendbar sey. Es würde dann der Grundsatz des Römischen Rechts, daß Einreden vor dem Urtheil und zum Theil bei der Litiscontestation vorzuschützen sind, auf wahre Einreden im Sinne des Römischen Rechts einzuschränken seyn.

Einen andern Grund, als den angegebenen, führt Voet an. Wer sich der Compensation nicht bedient habe, könne das Bezahlte als ein Indebitum zurückfordern [14]). Ich bestreite im Allgemeinen nicht die Richtigkeit dieses Satzes, der in einer Pandectenstelle die deutliche Stimme des Gesetzes für sich hat [15]); allein ich glaube, daß Fälle dieser Art eine Ausnahme machen. Man kann von Jemanden, welcher *ex causa judicati* bezahlt hat, nicht sagen, daß er ein *Indebitum* bezahlt habe. Vielmehr scheint mir hier der Rechtssatz Anwendung zu finden, wornach die Zurückforderung des Gegebenen wegfällt, wenn Jemand in Folge eines (wenn auch ungerechten)

---

14) *Voet* ad hunc Tit. Dig. §. 2. in fine.

15) *L.* 10. §. 1. *D. de compensat.* Si quis igitur compensare potens, solverit, condicere poterit, quasi indebito soluto.

Richterspruchs Zahlung geleistet hat [16]). Ein anderes findet freilich Statt, wenn die vorgeschützte exceptio compensationis als illiquid verworfen wird [17]); aber auf Fälle, da der Beklagte bei Gericht auf Compensation sich gar nicht berufen hat, läßt, glaube ich, dies sich nicht ausdehnen. Ich hätte eigentlich sagen sollen, jene Pandectenstelle finde auf Fälle dieser Art keine Anwendung; denn sie spricht nur von Fällen, da Jemand (freiwillig) zahlt, nicht von solchen, da er zur Zahlung verurtheilt wird. Auf allen Fall scheint es mir, man könne mit vollem Recht annehmen, was von der Compensation gilt, müsse von jeder andern Tilgungsart, wodurch eine Verbindlichkeit ipso jure erlischt, und namentlich von der wirklichen Zahlung gleichfalls gelten.

3) Vermöge eines besondern Privilegii hat der *Miles* das Recht, Einreden, die er aus Rechtsunkunde nicht vorgeschützt hat, nach dem Urtheil bei der Vollziehung nachzuholen.

L. 1. C. de juris et facti ignorantia. Quamvis, cum causam tuam ageres, ignorantia juris propter simplicitatem armatae militiae allegationes competentes omiseris: tamen, si nondum satisfecisti, permitto tibi, si coeperis ex sententia conveniri, defensionibus tuis uti.

4) Auch der Minderjährige erfreut sich, wegen seines Alters, dieser Wohlthat, oder vielmehr er kann ex capite minorennitatis Wiedereinsetzung in den vorigen Stand begehren [18]). Man wird fragen, wie ein Minderjähriger in

---

16) L. 29. §. 5. D. mandati. L. 1. C. de cond. indebiti.

17) Weber von Klagen und Einreden 1. Stück. S. 69. folg.

18) *L. 36. D. de minor.* Minor viginti quinque annis omissam allegationem per in integrum restitutionis auxilium repetere potest.

den Fall kommen könne, von seinem beneficio aetatis und — dieser Gesetzstelle Gebrauch zu machen, da ja ein Minderjähriger legitimam personam standi in judiciis bekanntlich nicht hat [19]), und, wenn er dennoch vor Gericht streitet, alles ipso jure ungültig ist, was er vornimmt. — Man muß, denke ich, annehmen, daß der Proceß unter dem Beitritt des Curators geführt sey, oder einer von den Fällen eintritt, da ein minor ausnahmsweise auch ohne Curator vor Gericht streiten kann, wie wenn er über erlittene Injurien klagt [20]) oder veniam aetatis erlangt hat [21]) u. s. w. In solchen Fällen kann er vom beneficio restitutionis in integrum Gebrauch machen, und das Versäumte auf diesem Wege nachholen.

5) Endlich können auch die beneficia competentiae und cedendarum actionum noch nach dem Urtheil, noch bei der Vollziehung, durch Einreden geltend gemacht werden [22]).

Die zuletzt genannten Einreden gehören nicht zu den zerstörlichen, sondern, um die gewöhnliche Terminologie beizubehalten, zu denjenigen dilatorischen, welche merita causae betreffen. Man sieht hier aber auf's Neue, daß Einreden dieser Art immer nach den peremtorischen hin sich neigen, die pro-

---

19) L. 2. C. qui leg. pers. standi in jud. habeant vel non.

20) L. 8 et 11. D. de accusat.

21) L. 10. C. de appell.

22) L. 14. L. 17. §. ult. soluto matrim. *L.* 18. *D. de re judic.* Item miles, qui sub armata militia stipendia meruit, *condemnatus*, catenus, quatenus facere potest, cogitur solvere. — *L.* 41. §. 2. *D. de re judic.* In solidum *condemnatus* donator *actione judicati*, nisi in quantum facere potest, non tenetur beneficio constitutionis. — *L.* 41. §. 1. *D. de fidejussor.* Idem respondit, si in solidum condemnatus est unus ex mandatoribus, cum judicati conveniri coeperit, posse eum desiderare, ut adversus eos, qui idem mandaverant, actiones sibi mandentur.

ceßhindernden Einreden verlassen und sich den zerstörlichen anschließen.

Der Grund, welcher diesen Einreden vor andern einen solchen Vorzug verschafft, scheint darin zu liegen, daß das Urtheil im Ganzen dabei aufrecht erhalten bleibt und nur die Vollziehung eingeschränkt wird. Wenigstens ist dies etwa, was die Ausleger lehren. Non tam sententiae injustitiam impugnant, quam ejus executionem, sagen sie [23]).

§. 3.

Betrachtungen darüber.

Es bleibt aber der angegebene Satz des Römischen Rechts, daß gewisse Einreden noch nach dem rechtskräftigen Urtheil Statt finden, räthselhaft und dabei ist es auffallend, daß unsre Rechtsgelehrten meines Wissens keinen Anstoß daran nahmen. Gilt nicht ein rechtskräftiges Urtheil einem Gesetz gleich und ist es nicht unabänderlich? Das Urtheil des Richters, wenn dagegen kein Rechtsmittel weiter Statt findet, setzt dem Streit für immer ein Ziel [24]); es gilt für eine ausgemachte Wahrheit [25]); macht Recht unter den streitenden Theilen [26]), so als hätte das Gesetz selbst durch den Mund des Richters den Ausspruch gethan, sollte auch dem einen oder andern von ihnen dadurch zu nahe geschehen seyn, etiamsi con-

23) s. z. B. *Perez* ad tit. C. de exc. nr. 14.

24) *L.* 6. *D. de exc. rei jud.* Singulis controversiis singulas actiones, unumquemque judicati finem sufficere, probabili ratione placuit; ne aliter modus litium multiplicatus summam atque inexplicabilem faciat difficultatem: maxime si diversa pronunciarentur parere ergo exceptionem rei judicatae, frequens est.

25) L. 207. de reg. jur.

26) L. 50. §. 1. D. de leg. 1. — jus facit haec pronunciatio. —

tra jus litigatoris (sententia) fuerit lata [27]). (Das ist nicht füglich zu vermeiden, da die Richter nicht unfehlbar, mitunter auch wohl sonst etwas sind; — auch würde jedes neue Urtheil denselben Einwand zulassen und der Streit nie ein Ende nehmen; die Gerechtigkeit des Urtheils kann also weiter nicht in Frage kommen, wenn kein Rechtsmittel mehr dagegen Statt findet). Man kann aber nicht einmal sagen, daß dem streitenden Theil zu nahe gerichtet sey, wenn er von gewissen Vertheidigungsmitteln keinen Gebrauch machte. Nur ein tempestive eingewandtes Rechtsmittel kann die Rechtskraft hemmen und bewirken, daß es wieder aufgehoben wird. Wird es aber nicht angefochten, so muß es seinem ganzen Inhalt nach vollzogen werden. Zwar, ein Urtheil, was ungültig ist, bedarf der Aufhebung nicht und es gehört dahin namentlich, was gegen eine ausgemachte Rechtswahrheit verstößt oder m. a. W. auf offenbarer ignorantia juris des Richters beruht [28]). Für ungültig und namentlich contra jus in thesi kann aber ein Urtheil nicht gehalten werden, wobei der Richter Einreden nicht berücksichtigt hat, die von dem Beklagten nicht vorgeschützt wurden. Man könnte zur Erklärung dieser auffallenden Erscheinung versucht seyn, zu glauben, es sey nach Römischem Recht nicht genug, daß überhaupt gestritten sey und daß der Richter den Ausspruch gethan habe, der Beklagte sey schuldig, dem Verlangen des Klägers ein Genüge zu leisten; der richterliche Ausspruch erkläre nur, daß der Beklagte aus diesen von ihm angeführten Gründen sich der Verbindlichkeit nicht entziehen könne; soweit und nicht weiter erstrecke

27) cap. 13. X. de sent. et re jud.

28) L. 1. D. quae sent. sine app. rescind. L. 19. D. de app. L. 2. C. quando provocare non est nec. L. 32. D. de re jud. cap. 1. X. de sent. et re jud.

sich die Kraft eines Urtheils, und dem Beklagten sey vergönnt, die Klage aus neuen Gründen zu bestreiten und ein gewisses Recht aus neuen Gründen in Zweifel zu ziehen. Indessen scheint doch dies die Meinung des Römischen Rechts nicht gewesen zu seyn. Vielmehr geht die Meinung des Römischen Rechts offenbar dahin, daß, der Regel nach, peremtorische Einreden nach dem Urtheilsspruch nicht anders nachgeholt werden können, als auf dem Wege eines gegen das Urtheil einzuwendenden Rechtsmittels [29]). Es macht nur bei gewissen Einreden eine Ausnahme, und das sind diejenigen, von denen hier die Rede ist. Diese bevorzugten Einreden hindern, auch ohne Anwendung eines Rechtsmittels, die Vollziehung des Urtheils und regen den vorigen Streit selbst dann noch auf's Neue auf, wenn das Urtheil schon die Rechtskraft beschritten hat.

Eine Unregelmäßigkeit dieser Art läßt sich in der Theorie schwerlich rechtfertigen. Es läßt sich nicht billigen, daß ein Urtheil durch Einreden angefochten wird, sondern es muß das Urtheil selbst angefochten werden, und dies kann nur geschehen, so lange es noch nicht rechtskräftig geworden ist. Selbst solche Einreden können keine Ausnahme begründen, welche die Verbindlichkeit im Allgemeinen anerkennen und bloß die Vollziehung einzuschränken scheinen, wie z. B. das beneficium competentiae. Am Ende wird doch auch hier die Verbindlichkeit des Beklagten, dem Verlangen des Klägers in seinem ganzen Umfange nachzugeben, bestritten und dem Be-

---

29) *L. 2. C. sententiam sine appellatione rescindi non posse.* Peremtorias exceptiones, omissas in initio — antequam sententia feratur, opponi posse, perpetuum Edictum manifeste declarat. Quodsi aliter actum fuerit, in integrum restitutio permittitur. *Nam judicatum contra majores 25 annis* non oppositae praescriptionis velamento *citra remedium appellationis rescindi non potest.*

klagten hätte gebührt, alle seine Gründe, wodurch er sich dem Verlangen des Klägers entziehen wollte, vor dem Urtheil, und zwar alle auf einmal vorzutragen; dem rechtskräftigen Urtheil geschieht auch nicht anders genug, als wenn der Beklagte das Ganze bezahlt, als wozu er einmal für schuldig erklärt ist.

Bei allem dem kann es doch seyn, daß die Römischen Rechtsgelehrten die Verbindlichkeit von der Erfüllung unterschieden. Das Urtheil erkennt die Verbindlichkeit als vorhanden an; dieser Ausspruch ist unabänderlich und durch die privilegirten Einreden wird das Urtheil nicht angefochten, sondern nur die nach Römischem Proceß durch eine besondre Klage, die actio judicati, zu suchende Vollziehung gehindert.

§. 4.

Meinungen der neuern Rechtsgelehrten über privilegirte Einreden.

Die neuern Rechtsgelehrten denken über privilegirte Einreden sehr verschieden. Schaumburg lehrt [30]) nur Einreden, wie die der Zahlung, der Compensation, des Vergleichs u. s. w. fänden noch nach der Litiscontestation und selbst noch bei der Vollziehung Statt; denn diese versetzten den Kläger in dolum (mit seinen eignen Worten, *actorem de dolo convincunt*), die andern, bei denen dies nicht der Fall sey, namentlich exceptiones Senatusconsulti Vellejani et Macedoniani erfreuten sich dieses Vorzugs nicht. In Ansehung ihrer müsse der Beklagte es sich selbst zur Last legen, daß er gegen die Verordnung des Jüngsten Reichsabschiedes sie nicht schon bei der Litiscontestation vorgeschützt habe und jetzt damit ausgeschlossen sey. Die exceptio retentionis ob impensas

---

30) Princ. prax. jur. lib. I. sect. I. membr. 2. §. 9. nota **.

in rem factas, setzt er jedoch an einer andern Stelle hinzu [31]), sey den privilegirten beizufügen. Ebenso lehrt auch Hellfeld [32]): Quae litiscontestationi non sunt adjectae, postea non admittuntur, nisi noviter emergant et reus con earum ignorantiam jurejurando confirmet, *aut in continenti liquidae sint et actorem in dolo constituant.* Illae enim ante, *hae vero etiam post rem judicatam, in termino executionis, adhuc admittuntur, quia leges nolunt, aliquem ex suo dolo lucrum captare.* Nach Schmidt [33]) „sind als befreite alle diejenigen zerstörlichen „Einreden anzusehen, wodurch entweder das Urtheil, aus welchem die Hülfsvollstreckung geschieht, oder die Ordnung, in „welcher man die Hülfsvollstreckung unternimmt, angefochten „oder, daß der Kläger schon befriedigt sey oder sonst mit des „Beklagten Schaden sich zu bereichern suche, sogleich dargethan werden kann." Danz [34]) rechnet zu den privilegirten Einreden „1) diejenigen Ausflüchte, wodurch nur die Art „und Weise, wie die Hülfsvollstreckung geschieht, angefochten „wird; diese seyen aber im Grunde nur verzögerlicher oder „vermischter Natur, z. B. exceptio competentiae, excus„sionis, divisionis; 2) die Einreden des Macedonianischen „und Vellejanischen Rathschlusses; 3) die Einreden, die auf „Nichtigkeit des Processes oder 4) auf Wiedereinsetzung in „den vorigen Stand oder 5) auf die bereits geschehene Er„löschung der Verbindlichkeit gehen oder den Kläger doch sonst „in dolum versetzen, z. B. exceptio solutionis, compen„sationis, transactionis, rei judicatae, retentionis ob

---

31) c. I. lib. I. sect. I. membr. 4. §. 15. nota **.

32) jurispr. for. §. 1887.

33) praktisches Lehrbuch von gerichtlichen Klagen und Einreden §. 127.

34) Lehrbuch des ord. Proc. §. 186.

„expensas in rem restituendam factas u. s. w. In allen „diesen Fällen werde jedoch vorausgesetzt, setzt er hinzu, daß „es keine bereits vorgebrachte und verworfene, auch keine ver„säumte Einreden seyen, daß auf dieselben kein besonderer „Verzicht geleistet worden und daß sie, in so ferne sie gegen die „Hülfe eingewendet würden, binnen der zur Hülfsvollstreckung „anberaumten Frist nicht nur entgegengesetzt, sondern auch „sogleich liquid gemacht würden [35]." Gönner [36]) verwirft die privilegirten Einreden, wenigstens diejenigen, welche aus dem Senatusconsulto Vellejano und Macedoniano hergenommen oder auf die bereits geschehene Erlöschung der Verbindlichkeit gerichtet sind. Grollmann läßt die exceptiones Senatusconsulti Vellejani et Macedoniani für privilegirte gelten, weil der Grund des Jüngsten Reichsabschiedes nur auf factische Einreden passe; verwirft aber alle Arten der exceptio doli, als solutionis, compensationis, weil

---

35) Privilegirte Einreden sollen also zugelassen werden, wenn der Beklagte sich nicht daran versäumt hat? Das scheint auf einen Widerspruch hinauszulaufen. Allein, was Danz hier gedacht hat, ist kein Widerspruch. Wir müssen nur seine Lehre auf ihre vermuthliche Quelle zurückführen und — Danz aus Schaumburg erläutern. Insuper et hoc certissimum est, bemerkt Schaumburg (Princ. prax. jur. lib. I. sect. I. membr. 4. §. 15. nota ** in fine), eas exceptiones antea jam oppositas vel desertas tamen vel rejectas non executionem solum nunquam impedire, sed ne separata quidem actione petitionem earum concedi. Also sind unter den versäumten zu verstehen — ursprünglich entgegengesetzte und dann aufgegebene Einreden. Sollte einst Danz cum notis variorum herausgegeben werden, so hoffe ich, das der künftige Herausgeber diese meine Erklärung der schwierigen Stelle nicht verschmähen werde. Eine andre findet er bei Gönner im Handbuch des Proc. Bd. 2. Abh. 33. §. 11. Dem Herausgeber bleibt vorbehalten, eine dritte hinzuzufügen, Verbesserungen in der Lesart vorzuschlagen, z. B. statt: auch keine, sondern zu lesen u. s. w. und sich auf solche Art um den guten Danz und — um die Welt verdient zu machen.

36) a. a. O., imgleichen zu Danz Grundsätze des ord. Proc. §. 186.

diese Ausnahme selbst mit den Worten des J. R. A. nicht vereinbarlich sey [37]).

§. 5.

Ueber diese Meinungen.

Man sieht schon aus diesem einfachen Bericht, wie es um diese Lehre steht. Welch eine Verwirrung in einer für die Anwendung so wichtigen Materie! Wie sind die Meinungen der Rechtsgelehrten zum Theil einander geradezu entgegengesetzt! Die exceptiones Senatusconsulti Vellejani et Macedoniani z. B., die Schaumburg nicht für privilegirt anerkennen will, führt Grollmann gerade als die einzige noch gültige Art privilegirter Einreden auf.

Aber alle stimmen darin überein, daß solche Einreden, die den Beklagten *in dolum* versetzen, den privilegirten beizuzählen sind — wiewohl Grollmann, der ihr Privilegium aus dem Canonischen Recht herleitet (ohne doch die Stelle anzugeben, wo es seinen Sitz haben soll) sie jetzt nicht mehr dafür gelten lassen will — und daß aus diesem Grunde alle Einreden, die auf die bereits geschehene Erlöschung der Verbindlichkeit gerichtet sind, privilegirt seyen. Wenn sie es sonst nicht wären, aus diesem Grunde würden sie es nicht, wenigstens nicht alle seyn. Daß dem Beklagten exceptio solutionis zusteht, daraus folgt nicht, daß der Kläger in dolo sey. In dolo ist er nur, wenn er wissentlich ein bereits erloschenes Recht geltend zu machen sich bemüht. Es kann ja aber seyn, daß er das Factum, worauf die Einrede beruht, nicht kannte, z. B. weil die Zahlung dem Erblasser geschehen oder, daß sie geschehen, bei ihm in Vergessen-

37) Grollmann Theorie des gerichtl. Verfahrens §. 172.

heit gerathen ist. Wer sich über das fundamentum excipiendi in Unwissenheit befindet, von dem kann man nicht sagen, daß er in dolo sey [38]). Ich habe indessen oben aus andern Gründen den Satz selbst aufgestellt, daß nach Römischem Recht jeder Einwand, welcher zur exceptio solutionis gerechnet werden kann, als privilegirt anzusehen sey und zwar nicht bloß folgeweise.

Es hat aber mit dem Grunde, aus welchem die Rechtsgelehrten diejenigen Einreden, welche auf die geschehene Erlöschung der Verbindlichkeit gerichtet sind, zu den privilegirten rechnen, eigentlich die Bewandniß, daß man, unter Berufung auf gewisse Stellen des Römischen Rechts [39]), annimmt, daß jede *exceptio doli*, sowohl *specialis*, als *generalis*, privilegirt sey. „Mit Ausnahme der Einrede des Irrthums, sollen überhaupt alle zerstörliche Einreden des Rechts oder der „Thathandlung, welche so beschaffen sind, daß sie des Klägers Ungerechtigkeit, d. h. irgend einen Umstand, weswegen „die Klage ganz oder zum Theil unstatthaft, noch nicht erwachsen oder bereits wieder erloschen sey, liquider Weise darstellen, wider die Hülfe zugelassen werden, sie mögen dem „Urtheil geradezu entgegenstehen oder es nur mäßigen [40]).“ Wie ist dies zu erklären? Man hat wohl gedacht, wenn der Beklagte die Einrede auch nicht gemacht hat, so ist die Schuld doch einmal getilgt, oder der Kläger hat doch einmal kein Recht das zu fordern, was er begehrt, wie kann ihm denn dazu verholfen werden? Das ist ja ungerecht und folglich gegen die Regel: non debet petitor ex aliena jactura lucrum facere. So heißt es L. 38. D. de hered. pet. und hiezu wird ge-

38) L. 2. §. 5. D. de doli mali et metus exc. — 39) L. 2. §. 5. L. 8. L. 12. D. de doli mali et metus exc. L. 38. L. 58. D. de hered. pet. — 40) Wehrn die Lehre von gerichtl. Einw. §. 39.

setzt: et id ipsum officio judicis continebitur: nam nec exceptio doli mali desideratur. Auch steht geschrieben [41]): Dolo facit, qui petit, quod redditurus est [42]). Auf solche Art erkläre ich mir die Lehre der Rechtsgelehrten. Wie aber kann jene Regel hier zur Anwendung kommen, für welche eigne und andre Regeln gegeben sind? Wie ist deren Anwendung mit dem gesetzlichen Gebot — der Beklagte soll alle seine Einreden auf einmal vortragen und später damit nicht weiter gehört werden — zu vereinigen? Mit andern Worten heißt das ja, man soll ihn nicht hören — und man soll ihn dennoch hören. Und wie kann eine solche Lehre mit der Rechtskraft des Urtheils bestehen? Ja, wie kann sie, in dieser Ausdehnung, selbst einmal nach Römischem Recht gerechtfertigt werden? Selbst, wenn der Beklagte berechtigt wäre, das Bezahlte wiederzufordern, würde ihm doch nichts übrig bleiben, als zu zahlen — und wiederzufordern, dem Ausspruch des Richters Folge zu leisten und auf Wiedererlangung des Gezahlten eine besondre Klage anzustellen. Ich habe aber schon oben bemerkt, wie das, was ex causa judicati bezahlt ist, nicht als Indebitum angesehen und nicht zurückgefordert werden könne.

Wir hätten nun aber, statt einer Art privilegirter Einreden, deren zwei, wohl gar drei kennen gelernt, nämlich 1) exceptiones doli, 2) solutionis, 3) solche, wodurch der Beklagte einer Ungerechtigkeit beschuldigt wird. Dazu kommen nun 4) diejenigen, welche nebst der exceptio solutionis wirklich privilegirt sind, nämlich a) die exceptiones Senatusconsultorum Vellejani und Macedoniani — wovon Groll-

41) L. 12. pr. D. de doli mali et metus exc.

42) Die andern in der vorletzten Note angeführten Stellen gehören nicht hierher und wird deren weiter unten erwähnt.

mann, wie ich glaube, mit Unrecht annimmt, daß der Grund des Gesetzes — des J. R. A. nämlich — auf sie nicht anwendbar sey, da es ja doch am Ende auch ein Factum ist, daß dies Frauenzimmer, dieser Haussohn sich in dem Fall befinde, sich auf das Gesetz berufen zu können, welches eben so gut, wie jede andre Einrede, vom Kläger angefochten werden und zu einem Streit Gelegenheit geben kann und täglich giebt, folglich, wenn es erst später zur Sprache gebracht werden dürfte, einen neuen Proceß auf den alten setzen oder doch den alten vergeblich machen würde, so daß Mühe und Kosten umsonst aufgewandt wären, welches alles das Gesetz eben verhüten will; — ferner b) diejenigen, welche das Urtheil mäßigen oder die Erfüllung von vorgängiger Leistung des Klägers abhängig machen, von welchen ich theils schon geredet habe, theils noch reden werde. Von diesen Einreden abgesehen können solche Einreden, welche nur gegen die Art des gerichtlichen Verfahrens bei der Vollziehung gerichtet sind, gar nicht zu den privilegirten gerechnet werden. Denn es ist ja nicht gesagt, daß der Beklagte alle seine Einreden, die im Lauf des Processes nur irgend möglich sind, sogleich im ersten Termin bei Beantwortung der Klage vorschützen soll, sondern nur diejenigen, welche gegen die Klage und das in der Klage ausgedrückte Verlangen des Klägers und die auf die Klage erlassene Verfügung des Richters gerichtet sind. Einreden, die gegen die Art der Vollziehung gerichtet sind, gehören also gar nicht hieher. Dies sage ich deshalb, weil die Rechtsgelehrten sich zum Theil so ausdrücken, als wenn sie unter den privilegirten mit begriffen seyen.

§. 6.

§. 6.

Was ist heut zu Tage Rechtens über privilegirte Einreden?

Was wirklich als Einrede gegen die Klage und die darauf erlassene richterliche Verfügung vorzuschützen nöthig ist, und der Richter nicht schon von Amtswegen zu berücksichtigen hat, das muß alles bei der Litiscontestation vorgeschützt werden und kann es späterhin nicht mehr.

Die Theorie der Rechtsgelehrten, wornach gewisse Einreden, nämlich die sogenannten befreiten, noch jetzt von dieser Regel ausgenommen sind, scheint im Allgemeinen auf der Meinung zu beruhen, daß durch den J. R. A. nur die Regel des Römischen Rechts, nicht aber die Ausnahmen aufgehoben sind [43]. Nun ist es aber gewiß nie die Meinung des Reichsgesetzes gewesen, daß die Ausnahmen des Römischen Rechts beibehalten werden sollten. Nach deutlichem Inhalt des J. R. A. soll ja der Beklagte, was er an Einreden, namentlich peremtorischen, einzuwenden hat, alles auf einmal zugleich mit der Litiscontestation vortragen. Dieser allgemeine Satz schließt alle Ausnahmen aus [44]. Wenn wir aber den Rechtsgelehrten glauben wollen, so würde die Regel so wenig ohne Ausnahmen seyn, daß vielmehr die Ausnahmen die Regel übertreffen würden. Ja, wenn wir bloß die eine Classe angeblich privilegirter Einreden betrachten, diejenigen nämlich, welche auf die bereits geschehene Erlöschung der Verbindlichkeit gehen, so ist schon diese

---

43) S. Sieber Proceß §. 675. Wehrn die Lehre von gerichtl. Einwendungen. §. 39. not. 5.

44) Auf den Ausdruck des Gesetzes: alles auf einmal, legte schon Gönner im Handbuch des Proc. a. a. O. mit Recht das größte Gewicht.

eine Classe so zahlreich, daß dadurch allein die Regel zur Ausnahme umgeschaffen und die wohlthätige Absicht des Gesetzes verfehlt werden würde. Rechnen wir aber die übrigen hinzu, die sich unter die andern Classen bringen lassen, so möchte am Ende kaum eine übrig bleiben, bei welcher die Regel zu befolgen wäre. Ausgenommen soll ja namentlich seyn exceptio doli specialis und generalis, und die exceptio doli generalis allein begreift gewissermaßen, nämlich unter der Voraussetzung, daß der Kläger über den Grund derselben sich nicht in einem zu entschuldigenden Irrthum befindet, wenigstens alle zerstörliche Einreden im Sinne des Römischen Rechts unter sich, denn sie concurrirt mit allen [45]). Und dann sollen noch überhaupt alle Einreden privilegirt seyn, „woraus erhellet, daß „die Klage ganz oder zum Theil unstatthaft, noch nicht erwachsen oder bereits wieder erloschen sey." Kann wohl ein Mensch glauben, daß der J. R. A. das gewollt habe? Aber, die Rechtsgelehrten pflegen hartnäckig zu seyn; was sie einmal wissen, möchten sie nicht gern einbüßen; und wenn ein neueres Gesetz ein älteres verdrängt, lassen sie nur höchst ungern das ältere ganz fahren; vielmehr suchen sie, wenn nur irgend ein Schlupfwinkel offen bleibt, unter diesem oder jenem Vorwande das ältere neben dem neuen zu erhalten. Immer sind sie geneigt, zu dem ältern gewohnten Zustande zurückzukehren. Der Gesetzgeber kann gegen sie gar nicht genug auf seiner Huth seyn. Wir wollen ihnen das so übel nicht neh-

---

45) *L. 2. §. 5. D. de doli mali et metus exc.* Et generaliter sciendum est, *ex omnibus in factum exceptionibus, doli oriri exceptionem:* quia dolo facit quicunque id, quod quaqua exceptione elidi potest, petit: nam et si inter initia nihil dolo malo facit, attamen nunc petendo facit dolose: nisi si talis sit ignorantia in eo, ut dolo careat.

men; sie meinen es wenigstens recht gut; nur haben sie es dies Mal fast ein wenig zu arg gemacht.

Nein, Ausnahmen sind hier nicht zulässig, und können hier nicht zulässig seyn, weil jede Ausnahme schon den ganzen Plan stört und den Proceß aus seiner Bahn verrückt, die eine so gut, wie die andre; nicht zu gedenken, daß der Beklagte dadurch in den Stand gesetzt würde, seinen Gegner — zum Besten zu haben, indem er erst nach langem Streiten Einreden hervorsuchen dürfte, die den ganzen bisherigen Streit unnütz und ihn von Neuem anheben machten.

Zwei Ausnahmen scheinen Statt zu finden. Die eine findet wirklich Statt, kann aber nicht eigentlich für eine Ausnahme gelten. Nämlich der J. R. A. verordnet im §. 78. bei Gelegenheit, da von Mandatis S. C. die Rede ist, daß der Beklagte alle seine Einreden, bei Strafe der Praeclusion, im ersten Termin vorschützen und in der Duplik damit nicht weiter gehört werden soll; nur sey ihm erlaubt, 1) wenn der Kläger Repliken ihm entgegensetzt (also Einreden gegen die Einreden), ihnen mit Dupliken (im Sinne des Römischen Rechts, also mit Einreden gegen die Repliken) zu begegnen; 2) solche Einreden (gegen die Klage) nachzuholen, von denen er früher keine Wissenschaft gehabt und in Ansehung deren er dieses eidlich erhärten würde. Das Gesetz erwähnt zwar nichts von einer Restitutio in integrum; aber, da der Beklagte einmal mit seinen Einreden ausgeschlossen ist, so kann er nur vermittelst der Restitutio in integrum sich den Weg zum Vortrage solcher Einreden wiederum bahnen, und die Unwissenheit in Ansehung der Einrede ist weiter nichts, als ein vom Gesetz gebilligter Grund zur Restitutio in integrum. Man möchte zwar einwenden, das Gesetz selbst gewähre die Restitution, gleichwie es den Be-

klagten mit versäumten Einreden ausschließt, ohne daß es einer Praeclusion durch den Richter bedarf [46]); — allein hier kann es doch ohne Dazwischenkunft des Richters nicht abgehen, welcher den Beklagten mit versäumten Einreden aus Gründen wieder zuläßt; und auf allen Fall, mag ihn das Gesetz, mag ihn der Richter mit den Einreden zulassen, einer restitutio in integrum scheint es immer zu bedürfen. Diese und andre Fälle, da Jemand gegen den Ablauf des ersten Termins in integrum zu restituiren ist, z. B. wegen minderjährigen Alters, können aber nicht eigentlich für Ausnahmen gelten, eben weil es dabei auf eine Zurückversetzung in den vorigen Zustand abgesehen ist. Einreden dieser Art müssen jedoch vor dem Urtheil vorgetragen, oder es muß auch das Urtheil, wenn es bereits gesprochen ist, durch Anwendung eines zulässigen Rechtsmittels angefochten werden.

Ich denke, die Stelle gebe dabei noch ein neues Argument an die Hand für den Satz, daß es im Deutschen Proceß keine privilegirte Einreden giebt. Von privilegirten Einreden ist nicht die Rede. Nur jene beiden Ausnahmen sollen Statt finden, keine andere. Es findet hier die Regel Anwendung: Exceptio firmat regulam in casibus non exceptis.

Was aber eine Ausnahme zu machen scheint, das sind Einreden, wie beneficium competentiae, cedendarum actionum, retentionis ob impensas. Warum sollen dergleichen Einreden nicht noch bei der Vollziehung Statt finden,

---

46) so bemerkt Textor B. J. disp. 4. §. 35. ad effectum praeclusivum exceptionum non requiri sententiam et executionem proclamatis, quia lex ipsa exceptiones praecludit ideoque si tardius, quam debuere, in judicio proponuntur, etsi proclama non decernatur contra reum, tamen non erunt attendendae.

da ja das Urtheil dadurch nicht angefochten, sondern nur die Vollziehung eingeschränkt oder verschoben wird? Allein, die allgemeine Verordnung des J. R. A. umfaßt auch Einreden dieser Art, die der Beklagte gleich Anfangs vorzuschützen im Stande ist, weil sie gleich Anfangs begründet sind, und die, wenn sie erst bei der Vollziehung vorgeschützt werden, wider die Absicht des Gesetzes, zu einem neuen Streit Gelegenheit geben und die Rechtshülfe aufhalten.

Ich glaube nicht einmal, um es gelegentlich zu bemerken, daß der Beklagte nach Deutschem Proceß berechtigt sey, Einreden, die er im ersten Termin vorzuschützen unterließ, bei dem höhern Richter zur Sprache zu bringen, selbst nicht einmal die privilegirten. Zwar nach Römischem Recht ist anzunehmen, daß versäumte Einreden auf dem Wege der Appellation nachgeholt werden können, und zwar wohl nicht bloß von dem Appellanten. Heutiger Anwendung steht entgegen jener eiserne Riegel, den der J. R. A. vorgeschoben hat, oder, so man lieber will, der categorische Imperativ:

> Du sollst alle Deine Einreden im ersten Termin vorschützen, bei Strafe des Verlustes.

Selbst der im J. R. A. vorgeschriebene Eid, man habe das neue Vorbringen in erster Instanz vorzutragen nicht für nöthig erachtet, dem manche Rechtsgelehrte diese Wirkung beizulegen pflegen, wie Wehrn [47]) und Gönner [48]), stellt jenes Vermögen, Einreden vorzuschützen, nicht wieder her. Das neue Vorbringen begreift, nach meinem Ermessen, keine versäumte Einreden, die nach dem

---

47) a. a. O. §. 39.

48) Handbuch des Proc. Bd. 3. Abh. 60. §. 18. Jmgl. in Danz Grundſ. des ord. Proc., herausg. von Gönner. 5. Aufl. §. 427.

Gesetz einmal verloren sind. Ja, was berechtigt uns, unter neuem Vorbringen mit zu begreifen, was vielmehr davon auszunehmen seyn würde? Wie könnte das Gesetz, ohne mit sich selbst in Widerspruch zu gerathen und das Ungereimte zu wollen, den Beklagten, nachdem es ihn mit seinen Einreden einmal ausgeschlossen hat, so daß er sie nicht einmal bei dem ersten Richter mehr anbringen durfte, wie könnte es ihn sogar noch bei dem höhern damit zulassen? Und womit hätte der Beklagte die Nachsicht auf einmal verdient, die ihm bis dahin nicht gewährt war? In den Plan des J. R. A. paßt das nicht und die Ausnahme, die im Römischen Proceß galt, gilt nicht eben also im Deutschen.

Hier denkt der Leser, dies sehe ich besser ein. Die Appellation hat den effectum retrotractivum s. rescissorium — und daran hat der Verfasser nicht gedacht. Allein, der Satz, die Appellation setzt den Streit in den Zustand zurück, wie er zur Zeit der Litiscontestation gewesen (appellatio reducit causam ad eum statum, in quo fuit lite contestata) ist erst von den Rechtsgelehrten aus einzelnen Bestimmungen der Gesetze abgeleitet und kann, wenn er überhaupt gilt, wenigstens soweit nicht ausgedehnt werden, daß der Beklagte Einreden nachholen dürfte, mit deren Verlust er einmal bestraft ist. Unter den neuern Rechtsgelehrten verwerfen ihn Grollmann [49]) und Gönner [50]), wiewohl dieser doch eigentlich die einzelnen Sätze, woraus man jenen allgemeinen Satz abgeleitet hat, gelten läßt. Gewährte die Appellation dem Beklagten die Macht, versäumte Einreden nachzuholen, wie sie es nach Römischem Proceß that, also auch noch jetzt; dann

---

49) Theorie des gerichtl. Verfahrens §. 214.

50) Handbuch des Proc. Bd. 3. Abh. 60. §. 6. folg.

könnte man ihn wohl gelten lassen, diesen magischen Satz — um den es Schade ist, daß wir ihn verlieren sollen; — jetzt wird nur noch von einem beneficio die Rede seyn können, die Beschwerden auch durch Gründe zu rechtfertigen, die in der vorigen Instanz nicht benutzt und durch facta, die in der vorigen Instanz noch nicht zur Sprache gekommen sind. Selbst diejenigen, welche der Appellation den effectum rescissorium nach alter Art beilegen, wie Mehlen, behaupten doch eben nicht, daß alle versäumte Einreden und namentlich privilegirte, in der Appellationsinstanz nachgeholt werden können, sondern sie behaupten dies nur von solchen, von denen der Appellant früher keine Wissenschaft gehabt oder die auf Nichtigkeit des Processes gehen [51].

7

Schlußbemerkung.

Will einer die Lehre von Einreden, wozu ich hier nur Beiträge liefern wollte, auf's Neue bearbeiten — welches allerdings nöthig, zu wünschen und kein geringes Verdienst seyn möchte — und will er dann diese schwierige Lehre, deren gegenwärtiger Zustand nicht befriedigt, gehörig auseinandersetzen, so sieht jeder leicht, wie es in dieser Lehre, zur Vermeidung aller sonst unvermeidlichen Verwirrung, mehr noch wie in andern Lehren nöthig sey, wie ja auch die Neuern pflegen, zuvörderst die reinen Römischen Ideen vorzutragen, das, was vorzugsweise Einrede genannt wird, von dem, was auch wohl schon im Römischen Recht unter diesem Namen vorkömmt, zu scheiden, dann auch zu handeln davon, wie sich diese Ideen

51) S. Mehlen von der Appellation §. 23.

in der Folge verändert haben, welche Veränderungen das Canonische Recht, die Reichsgesetze und die Lehren der Rechtsgelehrten auf die Bahn brachten und wie dies alles einander stört, durchkreuzt oder neben einander vereinbarlich ist. Besonders nöthig aber ist es 1) Einreden, die das gerichtliche Verfahren betreffen, 2) von solchen, welche die Sache selbst betreffen, gänzlich abzusondern, diesen Unterschied an die Spitze zu stellen und unter den letztern die peremtorischen von den dilatorischen (im echten Sinne des Worts) zu unterscheiden, auch bei allen, die Sache selbst betreffenden Einreden, auf den Unterschied zwischen dem engen Begriff des Römischen Rechts von Einreden und dem neuen weitern Rücksicht zu nehmen.

VI.

Von Advocaten.

Im Winter $\frac{1823}{1824}$.

Inhalt.

1.

Ueber den Stand der Advocaten.

Der Stand derjenigen, die der weise Plato, hier ein unberufener Richter, aus seiner Republik verbannt wissen wollte; — die den alten Bewohnern Deutschlands so verhaßt waren, daß sie, wie Florus [1]) erzählt, nach der, eben durch diesen Haß gegen sie und die römische Rechtspflege mit veranlaßten, Niederlage des Varus, sie mit unerhörter Grausamkeit marterten, verstümmelten, tödteten; — deren zahlreiche Angehörige von jeher in den Ländern eine so wichtige Rolle gespielt haben; — die in alten Zeiten sich durch Beredsamkeit auszeichneten, in neuern die Reiche erschütterten und ihre alten Ordnungen umstürzten; — mit Einem Wort, der Stand der Advocaten hat das Schicksal gehabt, bald mit Lobeserhebungen — unter andern von den römischen Kaisern Leo und Anthemius [2]) — bis in den Himmel erhoben, bald mit Schmähungen überhäuft und als die Geissel der Länder verschrieen zu werden. Die harten Urtheile über den Stand haben ohne Zweifel die Einzelnen verschuldet, die ihn verunzierten; die ihren Stand in bösen Ruf brachten, indem sie nur nach fremden Gütern trachteten und ihre Kräfte bloß dazu

---

1) Histor. lib. 4. c. XII. 13. sq. | 2) L. 14. C. de Adv. div. jud.

anwandten, die Gerechtigkeit, die sie befördern sollten, in ihrem Gange zu stören.

Die Wahrheit liegt auch hier in der Mitte. In vielen Fällen sind Advocaten zwar ganz entbehrlich; in andern wird wenigstens ein Theil ihrer Bemühung vergebens aufgewandt, weil es bei Gericht hauptsächlich nur darauf ankömmt, daß die Thatsachen gehörig ausgemittelt werden, und ein gelehrter und scharfsinniger Richter die Gründe für und wider ohne sie, und oft nur um so besser, aufzufinden und gegen einander abzuwägen im Stande ist. Auf der andern Seite können sie viel Schaden stiften. Sie schaden, indem sie die Rechtspflege aufhalten, sie schwieriger und kostbarer machen; die Thatsachen entstellen; es verhindern, daß sie in ihrer völligen Reinheit zur Kenntniß des Richters gelangen. Die Kunst kann aber nicht nur gemißbraucht werden, sondern sie ist dem Mißbrauch mehr, wie andre, ausgesetzt. Die Gründe davon liegen theils darin, daß der Advocat mitstreitet, daß er zu der einen Partei übergeht und an einem Kampf Theil nimmt, dessen Ausgang ihm nicht gleichgültig seyn kann, theils darin, daß er auf das Streiten zu seinem Unterhalt angewiesen ist.

Indessen, das Unheil, was sie stiften können, fällt großentheils auf die Rechnung schwacher oder einfältiger, oder am unrechten Ort nachsichtiger Richter, und überhaupt können die Mißbräuche, die von der Kunst gemacht werden, die Fehler, die Einzelnen zur Last fallen, ihren Werth an sich nicht aufheben. Ist die Kunst nicht edel, die andre in Schutz nimmt? Ist es nicht an und für sich eine rühmliche Beschäftigung, Jemanden beizustehen, darüber zu wachen, daß ihm kein Unrecht widerfahre und die Gerechtigkeit befördert werde? Ist sie nicht nothwendig bei einer so verwickelten Rechtsverfassung, wie die unsrige, wo die Functionen des Richters und

der streitenden Theile so strenge geschieden sind, wo von jedem der streitenden Theile erwartet wird, daß er für sich selbst sorge, wo, um vor Gericht zu handeln, die jurisprudentia innata nicht ausreicht — wiewohl sie überall und am Ende auch bei den Rechtsgelehrten das Beste thun muß — wo es einer ausgebreiteten Kenntniß mannigfaltiger Gesetze bedarf, man den vorgeschriebenen Gang des gerichtlichen Verfahrens und seine Formen kennen muß, es den Parteien überlassen ist, für die Herbeischaffung des Stoffs zu sorgen und ihn dem Richter geordnet zu überliefern? Es wäre sehr ungerecht, wenn man Jemanden wehren wollte, sich bei Führung seiner Sache eines rechtlichen Beistandes zu bedienen, da es nicht jedem gegeben ist, sich selbst vertheidigen zu können, nicht jeder Zeit, nicht jeder die dazu nöthigen Kenntnisse hat und auch wer sie hat, würde in vielen Fällen lieber sein Recht aufgeben, als sich dem Verdruß aussetzen, der mit der Selbstführung des Processes verbunden ist. Jeder, auch der Rechtsgelehrte, wenn er sich in dem Fall befindet, selbst einen Proceß führen zu müssen, wobei es nicht bloß auf die Geltendmachung unzweifelhafter Rechtsansprüche ankommt, wird sich nach dem Beistande eines andern sehnen, der sich die Führung der Sache, als wäre es seine eigne, angelegen seyn läßt, und es als eine Wohlthat empfinden, daß es Leute giebt, welche die Vertheidigung anderer als eine Kunst üben, ihm die Sorge für den Proceß und den Verdruß abnehmen. Eine alte Regel giebt dem Advocaten den Rath, sich in eigner Sache nach einem Advocaten umzusehen. Auch sollen Advocaten nicht bloß Einzelne vertheidigen und in Schutz nehmen; sie sind — wenn auch nicht gerade durch die Gesetze — berufen, auf ihre Art darüber zu wachen, daß die Gesetze gelten und befolgt werden, die Richter nicht willkührlich handeln, die öffentlichen Behörden nicht zu weit um sich

greifen. Sie bilden gewissermaßen eine Opposition gegen die Richter und öffentlichen Behörden, müssen mit ihnen in einem beständigen Kampf leben und diese, wenn sie sonst nichts fürchten, müssen sich vor den Advocaten fürchten. Die Furcht vor den Advocaten zwingt die Richter und öffentlichen Behörden gesetzmäßig zu handeln. Von dieser Furcht befreit, würde man bald sehen, wie leicht manche von ihnen geneigt seyn würden, die Willkühr an die Stelle des Gesetzes treten zu lassen.

Es ist nur Schade, daß unter den Advocaten wenige sind, die ihren Beruf ganz zu erfüllen im Stande sind, daß nur wenige dem Advocaten gleichen, wie er seyn sollte, wie ihn Mevius schildert: Advocatum oportet esse virum gravi auctoritate et existimatione praeditum, qui propter excellentem juris cognitionem, prudentiam, eloquentiam et rerum multarum usum in negotiis gravibus et arduis, praesertim in forensibus agendis et defendendis sufficit [3]). Eins hat Mevius vergessen, was gerade voranstehen mußte. Er muß auch ein rechtschaffener Mann seyn. Mevius begnügt sich, einen Advocaten zu schildern, wie der Client ihn wünschen muß. Denn die Tugenden des Advocaten, außer der Geschicklichkeit, kommen mehr dem Gegner, als dem Clienten zu Gute und werden daher auch von jenem mehr, wie von diesem, geschätzt; es ist vielleicht in manchen Fällen möglich, daß das Gegentheil eher zum Ziele führt; und dadurch würde es sich erklären, wenn sie, wie man meint, in diesem Stande oftmals vermißt werden [4]).



Denn überhaupt in der Welt, wie sie ist, geschieht es

3) *Mev.* I. dec. 189.

4) Heißt es doch in Rabeners Realregister: Advocat, ehrlicher, soll einmal einer gewesen seyn. 24. Ob das wahr ist? ibid. Ist verhungert. 25. (Es heißt eigentlich etwas anders; fällt aber so besser in's Ohr.)

gar leicht, daß die Schlechteren über die Besseren den Sieg davon tragen und jene vor diesen das Feld behaupten. Wenig schwierig in der Wahl der Mittel, auch die gemeinsten und niedrigsten nicht verschmähend, wenn sie nur zum Zweck führen, sind sie stark, nicht durch ihre Geschicklichkeit, sondern durch ihre Verworfenheit. — Indessen gilt dies weit weniger von dem, was bei Gericht, und viel mehr von dem, was außer Gericht möglich ist.

2.

Advocatorum Ethica, oder von den Pflichten der Advocaten.

Die Pflichten, die den Advocaten obliegen, liegen ihnen entweder gegen den Staat ob, oder gegen den Clienten. Theils beziehen sie sich auf dasjenige, was der Advocat zu thun, theils auf dasjenige, was er zu meiden hat; doch andere mögen sich dabei aufhalten, die einzelnen Pflichten unter die einzelnen Classen zu vertheilen; ich begnüge mich der vorzüglichsten zu gedenken, wie jede die Reihe trifft.

Die Pflichten des Advocaten fangen schon an, ehe er die Sache einmal übernommen hat. Zwar versteht es sich, daß der Advocat die Gesetze kennen, und sich auf den Gang des Processes verstehen müsse, und dabei genügt hier keinesweges eine oberflächliche Kenntniß, sondern es ist eine gründliche, vollkommne erforderlich; er muß in seinem Fach wie zu Hause seyn, weil er sonst die Sache nicht so gut betreiben kann, als der Client erwartet und von ihm, der sich für einen Meister in seiner Kunst ausgiebt, zu erwarten berechtigt ist, er den Clienten durch die Hoffnung auf eine Hülfe täuschen würde, die er nicht gewähren kann, und dem schaden möchte, dem

er zu nützen berufen ist; aber ich rechne dies nicht zu den Pflichten des Advocaten, sondern es ist dies etwas, was bei einem Advocaten nicht vermißt werden darf, ohne welches er seine Pflichten nicht erfüllen, ja ohne welches er, wenn alles recht zugeht, in den Stand der Advocaten gar nicht aufgenommen werden kann. Mit den Gesetzen und namentlich mit den Vorschriften, die das gerichtliche Verfahren angehen, nehme ich also an, hat er sich schon hinlänglich bekannt gemacht; nun muß er sich auch mit der Sache bekannt machen, die ihm angetragen wird, nicht bloß, um sie gehörig führen zu können, nachdem er sie übernommen, sondern vorläufig, damit er beurtheilen könne, ob er sich überhaupt mit ihr befassen dürfe. Ihm gebührt es vor allen Dingen zu prüfen, ob er ihr gewachsen sey, oder ob die Führung derselben über seine Kräfte gehe, besonders aber, ob das Anliegen des Clienten in den Gesetzen gegründet ist. Die Klugheit verbietet ihm schon Sachen zu übernehmen, die über seinen Horizont gehen; die Pflicht aber will, daß er keine andere Sache führe, als eine gerechte, und die ihm Anfangs gerecht zu seyn schien und er übernommen hatte, deren Führung muß er sich alsbald wieder entschlagen, nachdem er ihre Ungerechtigkeit erkannt hat. Das erste also, wornach ein Advocat sich zu erkundigen hat, ist nicht etwa nach den Vermögensumständen des Clienten, sondern nach der Gerechtigkeit der Sache. Ein guter Advocat denkt viel zu würdig von seinem Beruf, als daß er sich auf irgend eine Art dazu hergeben sollte, eine ungerechte Sache in Schutz zu nehmen [1]). Es wird auch nur derjenige Advocat, der

---

1) So dachte auch schon Quinctilian und drückt sich darüber, vielleicht zum Theil auf eine etwas zu gezierte Art, folgendermaßen aus (de instit. orat. lib. 12. §. 7.): Neque defendet omnes orator,

der von der Gerechtigkeit einer Sache überzeugt ist, recht eigentlich geschickt seyn, sie zu vertheidigen [2]). Durch Uebernahme und Führung einer ungerechten Sache, würde der Advocat seinen Vortheil dem wahren Nutzen des Clienten vorziehen, die Kunst, die zur Beförderung der Gerechtigkeit bestimmt ist, mißbrauchen, und eben so sehr die ethischen Gesetze verletzen, als die bürgerlichen. Die bürgerlichen Gesetze konnten die Ungerechtigkeit nicht in Schutz nehmen; sie konnten es nicht billigen, daß der Client eine ungerechte Forderung bei Gericht durchzusetzen, oder einer gerechten Forderung seines Gegners sich widerrechtlich zu entziehen suche und folglich konnten sie auch dem Advocaten nicht erlauben, ihm darin beizustehen.

Der Advocat ist nicht bloß interpres, nicht bloß Vermittler zwischen dem Clienten und dem Richter; wäre er das, so möchte es ihm vielleicht erlaubt seyn, alle Schuld von sich ab und auf den Clienten zu schieben; aber er ist mehr, er ist Gehülfe, Beistand. Es giebt zwar meines Wissens keine Gesetze, welche den Advocaten geradezu geböten, bei Uebernahme von Sachen zwischen guten und schlechten zu unterscheiden, allein es folgt dies schon aus allgemeinen Grundsätzen. Wer widerrechtliche Handlungen anderer wissentlich befördert, macht sich zu ihrem Genossen und übertritt dieselben Gesetze, die sie übertreten. Es folgt aber auch aus gewissen besondern gesetz-

---

idemque portum illum eloquentiae suae salutarem non etiam piratis patefaciet, duceturque in advocationem maxime caussa. Neque pudor obstet, quominus susceptam, cum melior videretur, caussam, cognita inter dicendum iniquitate dimittat, cum prius litigatori dixerit verum. Nam et in hoc maximum, si aequi judices sumus, beneficium est, ut non fallamus vana spe litigantem.

2) Certe melius persuadebit aliis, bemerkt Quinctilian an einer andern Stelle, qui prius persuaserit sibi. Prodit enim se, quamlibet custodiatur, simulatio: nec unquam tanta fuerit eloquendi

lichen Bestimmungen. Denn nach Römischem Recht müssen die Advocaten in den einzelnen Sachen auf Verlangen schwören:

> quod omni quidem virtute sua, omnique ope, quod verum et justum existimaverint, clientibus suis inferre procurabunt: non autem credita sibi caussa cognita, quod improba sit vel penitus desperata et ex mendacibus allegationibus composita, ipsi scientes prudentesque mala conscientia liti patrocinabuntur: sed etsi certamine procedente aliquid tale sibi cognitum fuerit, a caussa recedent, ab hujusmodi communione sese penitus separantes [3]).

Auch nach deutschen Reichsgesetzen kann ihnen, wie den Clienten selbst, das juramentum caluminae abgefordert werden, welches darauf mitgerichtet ist, daß sie eine gerechte Sache zu haben glauben und, wenn sie im Fortgang der Sache selbige als ungerecht erkennen, sie davon sogleich abstehen und sich derselben gänzlich entschlagen wollen [4]). Nach den Gesetzen der einzelnen Länder versprechen sie bei Antretung ihres Amts eidlich, daß sie wissentlich keine böse Sache führen, also sie weder anfangen, noch fortsetzen wollen.

Wenn also die bei uns geltenden Gesetze den Advocaten die Führung ungerechter Sachen nicht ausdrücklich verbieten, was sie für eben so vergeblich, als unnöthig gehalten haben werden, so haben sie sich doch keinesweges auf die bloße Ehrlichkeit der Advocaten verlassen, sondern ihre Gewissenhaftigkeit durch den Eid zu stärken gesucht, ganz unähnlich den Gesetzen unserer Nachbarn, der Franzosen, die den Advocaten

---

facultas, et non titubet ac haereat, quoties ab animo verba dissentiunt.

3) L. 14. §. 1. C. de jud.

4) J. R. A. §. 43.

etwas anderes, als Wahrheit und Gerechtigkeit zu beschützen, verboten, es aber bei diesem Verbot bewenden ließen.

Nicht nur geziemt es dem Advocaten, die Führung einer ungerechten Sache von sich abzulehnen, und zwar nicht aus Sorge für seinen Ruhm, sondern aus Liebe zur Gerechtigkeit; es wird ihm zum Lobe gereichen, wenn er noch einen Schritt weiter geht, nämlich wenn er dem Clienten die Führung der Sache ernstlich widerräth, dadurch macht er sich um ihn und um den Gegner verdient. Mit einer ungerechten Sache darf er sich so wenig befassen, daß er mit gutem Gewissen sich nicht einmal bemühen darf, sie zum Besten seines Clienten durch Vergleich zu beendigen. Wenigstens darf er nicht gegen die Pflicht eines redlichen Mannes die Unwissenheit oder Proceßscheu des Gegners benutzen, diesen zu bewegen, daß er zum Theil aufopfere, was ihm von Rechtswegen ganz gebührt [5]).

Beiläufig wünsche ich, daß dem, was ich über die Advocaten sagte, auch die Richter nachdenken mögen, welche wohl bisweilen gegen ihre wahre Herzensmeinung streitende Theile zu Aufopferungen im Vergleich zu überreden suchen. Freilich ist es bei ihnen ein etwas verschiedener Fall, da sie das aus guter Meinung zu thun pflegen, um Rechtsstreitigkeiten zu unterdrücken. Indessen unrecht bleibt es doch auch, wenn es auch einige Entschuldigung hat. Am besten ist in solchen Fällen, den Leuten ganz reinen Wein einzuschenken, ihnen zu sagen, wie die Sachen eigentlich stehen, und es dann in ihren Willen zu stellen, ob sie doch nicht aus diesen oder jenen Gründen sich vergleichen und im Vergleich etwas aufopfern wollen. Aber ich kehre zu den Advocaten zurück, welche keine ungerechte Sache führen sollten.

---

5) *Holtermann* de nequitia Adv. th. 6. *Festing* de art. Adv. c. 4. th. 6.

Welche Sache ist nun gerecht, welche ungerecht? Das Urtheil darüber ist vom Richter zu erwarten; aber hier mußte es dem Advocaten überlassen bleiben. Es kommt also nicht darauf an, wie die Sache an und für sich beschaffen ist, auch nicht, wie sie dem Clienten, sondern wie sie dem Advocaten erscheint. Auf die Meinung des Advocaten kommt es hier an; dieser soll wissentlich keine ungerechte Sache vertheidigen [6]). Mehr verlangen nicht die ethischen, mehr nicht die bürgerlichen Gesetze von ihm. Der Advocat kann folglich jede Sache vertheidigen, auch eine ungerechte, wenn er sie nur für gerecht hält. Konnte man dem Clienten zumuthen, seine Sache aufzugeben, blos weil es möglich ist, daß sie ungerecht sey, kann man es also dem Advocaten verwehren, eine Sache, die er für gerecht hält, zu vertheidigen? Oder, welchen Maaßstab hat er für ihre Gerechtigkeit, als sein eigenes Urtheil, dem er trauen muß, da hier von Sachen seines Fachs die Rede ist. Wenigstens ist er, unter jener Voraussetzung, frei von bösem Vorsatz; doch will ich nicht behaupten, daß er nicht, nach Umständen, wegen grober Verschuldung, Tadel verdienen könnte, als einer, der es an gehöriger Prüfung der Sache, an sorgfältiger Ueberlegung es fehlen ließ.

Umgekehrt frägt es sich, ob der Advocat auch eine gerechte Sache nicht führen dürfe, wenn er sie für ungerecht hält. Sieht man blos auf moralische Regeln, so können wir freilich dem Advocaten nicht erlauben, die gerechteste Sache zu vertheidigen, wenn seine Meinung sie verdammt. Aber kann man deshalb sagen, daß die bürgerlichen Gesetze dadurch verletzt werden? Eine gerechte Sache zu führen, ist ja eine er-

---

6) Et certe non convenit ei, quem oratorem esse volumus, injusta tueri scientem. *Quinctilian.* de institut. orator. lib. 12. cap. 7.

laubte Sache, und bei Handlungen, die an sich erlaubt sind, fragen die Gesetze nicht nach den Gesinnungen des Handelnden. Allein, so richtig dieser Grundsatz an und für sich auch ist, hier findet er keine Anwendung. Es kommt, wie gesagt, in dieser ganzen Sphäre nicht auf das an, was wirklich ist, sondern auf die Ansicht des Advocaten; eine Sache ist gerecht, oder ungerecht, je nachdem der Advocat sie dafür hält und die politischen Gesetze gehen hier mit den moralischen Hand in Hand; was unsittlich ist, dasselbe ist in diesem Fall auch unerlaubt. Indem die Gesetze wollen, daß der Advocat wissentlich keine ungerechte Sache führen soll, heißt das mit andern Worten, er soll nur solche Sache führen, die nach seiner Meinung gerecht ist. Durch ein entgegengesetztes Handeln verletzt er seinen Eid — denn wie könnte dieser mit der Meinung von der Ungerechtigkeit der Sache bestehen? — die moralischen Vorschriften und die Gesetze des Staats.

§. 2.

Fortsetzung.

Ich bemerke aber, daß fast alle in dieser Materie zwischen der offenbar ungerechten und der zweifelhaften Sache unterscheiden, und nur jene nicht, wohl aber diese zu führen, dem Advocaten erlauben. Diese Unterscheidung scheint auf den ersten Anblick gegründet zu seyn; denn zweifelhafte Sachen sind es gerade, die zur gerichtlichen Erörterung und Entscheidung sich recht eigentlich schicken, und in Ansehung deren man dem Clienten nicht verargen kann, wenn er darin nicht nachgiebt, sondern es auf den Ausspruch des Richters ankommen läßt. Nichts desto weniger halte ich sie für unrichtig und, sollte ich darin irren, irre ich mit Huber, dem sie ebenfalls mißfiel. Es scheint, daß es hier keine andere

Regel giebt, außer jener oft angeführten, einfachen: ein Advocat dürfe keine andere Sache führen, als eine von ihm für gerecht gehaltene. Der Zweifel an ihrer Gerechtigkeit läßt den Glauben daran nicht aufkommen. Zwar würde ihm bei einer zweifelhaften Sache, wie auch Huber dafür gehalten zu haben scheint [1]), erlaubt seyn, dem Richter die Gründe einfach vorzutragen, die für den Clienten streiten; allein, der Beistand, den man von dem Advocaten erwartet und sein Amt mit sich bringt, beschränkt sich hierauf nicht, sondern die Meinung, die er verficht, bestrebt er sich, bei Gericht als die wahre geltend zu machen und ihr den Sieg zu verschaffen, und dieses kann ihm nur etwa dann erlaubt seyn, wenn die Gründe für den Clienten das Uebergewicht haben. Kann es dem Advocaten gebühren, daß er sich bemühe, den Richter von der Wahrheit einer Behauptung zu überzeugen, wenn er selbst daran zweifelt; darf er sich bemühen, eine Sache zu gewinnen, über deren Gerechtigkeit er ungewiß ist? Nach meinem Ermessen kann er eine zweifelhafte Sache nur führen, wenn er sie als Richter für den Clienten entscheiden würde. Also bedarf der Satz, der Advocat dürfe auch zweifelhafte Sachen führen, wenigstens einer nähern Bestimmung, da er ohne Einschränkung behauptet wird.

Diese Entscheidung der Frage scheint mir wenigstens den Gesetzen der Moral angemessen zu seyn, in Ansehung deren es übrigens in einzelnen Fällen auf die Vorstellung des Advocaten ankommen würde.

Der Zustand eines zweifelnden Gemüths pflegt von der Art zu seyn, daß es sich mehr nach der einen Seite hinneigt. Hielten die Gründe einander das Gleichgewicht, stände also

1) Prael. ad Dig. lib. 3. tit. 1. §. 11.

die Waage, oder könnte der Advocat nicht mit sich einig werden, schwankte er hin und wieder, schwankte also auch die Waage und könnte sie nicht zum Stehen kommen — in welchen Fällen, wenn man es genau nehmen will, überhaupt nur eigentlich Zweifelhaftigkeit vorhanden ist — so kann man hier die Regel in Anwendung bringen, welche die Moral an die Hand giebt: Conscientia dubia nihil est agendum. Haben aber die Gründe für die eine Meinung das Uebergewicht, so ist diese Meinung als die herrschende, als die siegende zu betrachten, welche die entgegenstehenden Zweifel überwunden hat, und von der es dem Advocaten erlaubt ist, sie dem Richter mitzutheilen.

Indessen bleibt es doch einigermaßen zweifelhaft, ob nicht der Advocat zweifelhafte Sachen auch dann vertheidigen dürfe, wenn auch die Gründe für seinen Clienten in seinen Augen nicht gerade das Uebergewicht haben. Denn was, wenigstens nach den bürgerlichen Gesetzen, dem Clienten nicht verwehrt ist, muß es nicht auch dem Advocaten erlaubt seyn? Bringt es nicht der Stand des Advocaten mit sich, zu dem streitenden Theil gleichsam überzutreten, mit ihm nur Eine Person auszumachen und einseitig die Gründe für seinen Clienten vorzutragen? Kann nicht der Advocat, gleich dem Clienten, sagen: Ich bin zweifelhaft, ob ich Recht habe; ja ich glaube fast, daß ich Unrecht habe; aber ich kann mich irren, der Richter mag entscheiden. Und muß nicht der Staat so denken: Wer Recht oder Unrecht habe, darüber gebührt das Urtheil nicht den streitenden Theilen, noch ihren Advocaten, sondern das steht zu meiner Entscheidung. Jeder kann mir seine Gründe vortragen und ich werde sie prüfen und dann den Ausspruch thun. Aber, aus demselben Grunde, kann man einwenden, hätte dem Advocaten auch erlaubt werden müssen, offenbar un-

gerechte Sachen zu führen, weil er sich irren kann. Ist ihm einmal über die Gerechtigkeit der Sache, in Hinsicht auf die Führung derselben, das Urtheil übertragen, so scheint daraus nothwendig zu folgen, daß er zweifelhafte Sachen nur dann führen dürfe, wenn sein inneres Urtheil überwiegend für den Clienten spricht.

Es frägt sich nur, ob die bürgerlichen Gesetze so folgerecht gewesen sind, oder ob nicht deren Meinung bloß dahin gegangen sey, der Advocat solle nur solche Sachen nicht führen dürfen, von deren Ungerechtigkeit er völlig überzeugt ist. Wollte ich diese Frage, in Hinsicht auf das Römische Recht, verneinen, so könnten mir die Worte, die in dem Römischen Eide vorkommen, *causa penitus desperata,* entgegengesetzt werden, wiewohl sie doch auch eine andere Auslegung zulassen, nämlich, daß sie sich auf den Umfang der Sache beziehen. Indessen, muß man bemerken, daß nicht alles, was dem Römischen Advocaten erlaubt gewesen seyn mag, deshalb auch dem unsrigen freistehe. In Hinsicht auf Deutsche Advocaten kommt es nicht mehr auf den Inhalt des Römischen Eides an, wie Römische Advocaten ihn zu leisten hatten, sondern es kommt vielmehr darauf an, wie die Worte der Deutschen Proceßordnungen, oder, wie die Worte der Deutschen Eide lauten, welche Advocaten bei uns zu leisten haben.

§. 3.

Fortsetzung.

Was soll ich hiernach von denjenigen Advocaten sagen, die, den Wetterfahnen gleich, die Stellung verändern, zu verschiedenen Zeiten eine ganz verschiedene Sprache führen, und denselben Satz, je nachdem es ihnen nützlich ist, bald verfechten und bald bestreiten. Zwar die alten Redner scheinen es

hiermit so genau nicht genommen zu haben, und **Cicero** spricht sogar davon, als wenn es etwas Rühmliches wäre. Ihm ist es nichts anders, als den Sachen und Zeitumständen nachgeben und sich nach ihnen bequemen [1]. Ego vero, si quid ejusmodi dixi, neque cognitum commemoravi, neque pro testimonio dixi, et illa oratio potius temporis mei, quam judicii et auctoritatis, fuit. Errat vehementer, si quis in orationibus nostris, quas in judiciis habuimus, auctoritates nostras consignatas se habere arbitratur. Omnes enim illae orationes caussarum et temporum sunt, non hominum ipsorum ac patronorum. Nam si caussae ipsae pro se loqui possent, nemo adhiberet oratorem. Nunc adhibemur, ut ea dicamus, non, quae nostra auctoritate constituantur, sed quae ex re ipsa caussaque ducantur. Hominem ingeniosum, M. Antonium, ajunt solitum esse dicere, idcirco se nullam unquam orationem scripsisse, ut, si quid aliquando, quod non opus esset, ab se esset dictum, posset se negare dixisse. Ego vero in isto genere libentius quum multorum, tum hominis eloquentissimi et sapientissimi, L. Crassi, auctoritatem sequor, qui, quum L. Plancium defenderet, accusante Marco Bruto, homine in dicendo vehemente et callido, quum Brutus, duobus recitatoribus constitutis, ex duabus ejus orationibus capita alterna inter se contraria recitanda curasset, aliquantum esse commotus, dicitur. Itaque in respondendo exposuit utriusque rationem, temporis, ut oratio ex re et caussa habita videretur. Ego autem illa recitata esse non moleste fero. Neque enim ab

---

1) Oratio pro Cluentio.

illo tempore, quod tum erat, neque ab ea caussa, quae tum agebatur, aliena fuerunt. Neque mihi quidquam oneris suscepi, quum ista dixi, quominus honeste hanc caussam ac libere possem defendere. So weit Cicero. Aber in der That heißt dies doch nichts anders, als die angegebenen Vorschriften übertreten und ihrer zugleich spotten. Wer zu verschiedenen Zeiten verschiedene Meinungen verficht, hat einmal nothwendig anders gesprochen, als er gedacht hat, und den Richter zu täuschen, etwas Widerrechtliches bei ihm zu erlangen, mit oder ohne Erfolg sich widerrechtlich bemüht. Es versteht sich aber von selbst, wenn in der Zwischenzeit seine Meinung sich geändert hat, dann ist es ihm erlaubt, von dem, was er früher in Schutz nahm, jetzt das Gegentheil zu vertheidigen und eben dies gilt in dem Fall, wenn die zuerst vertheidigte Meinung seine wahre Meinung nicht gewesen, in Ansehung der jetzigen; ja dann hat er einen besondern Beruf dazu, gleichsam, um das frühere Unrecht wieder gut zu machen, und im Fall geänderter Ueberzeugung wird er zur Vertheidigung seiner neuen Meinung vielleicht vor andern tauglich seyn. Diejenigen, welche dem Advocaten erlauben, zweifelhafte Sachen zu führen, werden freilich, wollen sie sich selbst getreu bleiben, es in manchen andern Fällen auch nicht mißbilligen können, wenn er mit zweien Zeugen spricht.

§. 4.

Fortsetzung.

Bei so strengen Grundsätzen, wie sie hier aufgestellt sind, besorgt man vielleicht, es möchte bedrängten Clienten an rechtlichen Beiständen fehlen und selbst gerechte Sachen dürften am Ende unvertheidigt bleiben. Aber, bei der Verschiedenheit der

Ansichten über Recht und Unrecht, würde dies selbst dann nicht zu besorgen seyn, wenn jene Grundsätze allgemein angenommen und eben so allgemein, wie zwar zu wünschen, aber kaum zu hoffen ist, befolgt würden. Ueberdies, nicht auf Ungewißheit des Rechts beruhen gewöhnlich die Processe; die meisten beruhen gewöhnlich auf Ungewißheit der Thatumstände, und in Ansehung deren ist der Advocat den Angaben des Clienten zu trauen genöthigt. Die meisten Sachen erscheinen gerecht, wenn man die Thatsachen für wahr annimmt, wie der Client sie dem Advocaten vorträgt.

Es bezieht sich auch die Ungerechtigkeit, die den Advocaten von der Führung der Sache abhalten soll, nicht immer auf die ganze Sache, sondern sie beschränkt sich nicht selten auf einzelne Theile derselben, auf einzelne Abschnitte, oder wenn ich so sagen darf, Aufzüge des Processes, auf die kleinen Nebenstreitigkeiten, die sich als causae incidentes, im Verlauf des Streits aus ihm erzeugen; oder als causae praeparatoriae et praejudiciales ihm vorangehen, oder auf andre, die ihm folgen; — und auf der andern Seite kann in einer Sache, die im allgemeinen ungerecht ist, der Advocat, ohne sein Gewissen und die vorher angeführten Gesetze, nach ihrem wahren Geist, zu verletzen, doch immer dahin sehen, daß seinem Clienten nicht zu nahe geschieht, daß er nicht zu mehr verurtheilt werde, als seinem Gegner wirklich gebührt. Auch eine schlechte Sache ist in sofern immer gerecht, daß auch in der schlechtesten dem Clienten kein Unrecht widerfahren darf; es kann, wenn ich mich so ausdrücken darf, eine gute Sache in der schlechten enthalten seyn. Wir wollen daher jene Regel, welche zwar richtig ist, wenn man sie gehörig versteht, allgemeiner fassen, damit sie auf alle Fälle anwendbar sey. In

Zukunft soll sie so lauten: Kein Advocat darf wissentlich für seinen Clienten etwas Widerrechtliches zu erstreiten sich bemühen, weder im Gericht, noch außergerichtlich.

§. 5.

Fortsetzung.

Wenn nun der Advocat die Sache für gerecht hält, so hängt es zwar im Allgemeinen von seinem Willen ab, ob er sie übernehmen will, oder nicht; nur in einzelnen Fällen erlauben die Gesetze dem Richter, ihn auch wider seinen Willen zur Verwaltung seines Amtes anzuhalten; so sehr begünstigen die Gesetze die Vertheidigung vor Gericht, daß der Prätor demjenigen, der keinen Advocaten findet, verspricht, ihm einen zu verschaffen: Qui Advocatum non habebunt, ego dabo, spricht der Prätor [1]). Indessen kann es dem Advocaten nicht geziemen, nachdem er einmal diesen Stand ergriffen hat, die Führung einer für gerecht erkannten Sache von sich abzulehnen. Ein rechter Advocat läßt die Gelegenheit, die Gerechtigkeit zu befördern, nicht ungenützt vorübergehen; er überläßt sie andern nicht; er gönnt sie andern nicht. Er denkt, was Cicero sagte [2]): Neque enim jam mihi licet, neque est integrum, ut meum laborem hominum periculis sublevandis non impertiar. Keine Rücksicht auf seine Person, nicht Furcht vor Mächtigen, nicht Gunst vor Großen, halten ihn davon zurück; unbekümmert um die Folgen, die für ihn daraus entstehen, die Vortheile, die ihm entgehen, die Nachtheile, die ihn

1) *L.* 1. §. 4. *D. de postulando.* — Nec solum his personis, quae postulare prohibentur, hanc humanitatem Praetor solet exhibere, verum et si quis alius sit, qui certis ex caussis vel ambitione adversarii vel metu patronum non invenit.

2) Oratio pro *Muraena* cap. 4.

treffen möchten, giebt er sich ganz seinem Beruf hin. Er übernimmt die Sache, wenn anders früher übernommene Verpflichtungen gegen andere es gestatten, um sie, nachdem er sich sorgfältig nach allen Umständen und nach den Beweismitteln erkundigt hat, mit Ernst und Eifer zu führen [3]).

---

3) Zum Behuf der Führung muß der Advocat sich die genaueste Kenntniß der Sache zu verschaffen suchen. Es ist nicht genug, bemerkt Quinctilian (Institut. orat. lib. 12. §. 8.), daß er sie sich einmal vortragen läßt, sondern dies muß zu wiederholtenmalen geschehen; denn der Client kann das erste Mal etwas ausgelassen haben, zumal wenn er ein Ungebildeter ist. Es ist dies auch deshalb nöthig, damit man sehe, ob er immer dieselbe Sprache führt; denn manche Clienten sind nicht aufrichtig gegen den Advocaten (mentiuntur) und wollen den Advocaten nicht sowohl von der Sache unterrichten, als ihn dafür einnehmen; sie tragen ihm ihre Sache vor, als sprächen sie mit ihrem Richter. Daher muß der Advocat dem Clienten nicht ganz trauen, sondern ihn in die Kreutz und in die Queere fragen, ihn in die Enge treiben, ihn auszuholen suchen. Nachdem dann der Advocat den Clienten lange geduldig angehört hat, ist es nun Zeit, daß er die Rollen wechsele und den Gegner mache (in aliam rursus ei personam transeundum est, agendusque adversarius); daß er alles, was nur an Einwürfen erdacht werden kann, dem Clienten entgegensetze (wahrscheinlich, um ihm Gelegenheit zu geben, sie zu widerlegen), kurz, er muß ihn fragen und plagen, ihn drängen, ihm auf dem Dache sitzen, als wenn er sein erbitterter Feind wäre. (Interrogandus quam infestissime ac premendus). *In summa*, setzt Quinctilian hinzu, *optimus est in discendo patronus incredulus.* Auch muß er nicht versäumen, nach Beweismitteln zu forschen, und diese, so weit es nöthig ist, selbst sehen und sie prüfen, ob sie wirklich das enthalten, was der Client von ihnen rühmt, ob nicht etwas Schädliches unterlaufe, ob sie nicht etwa zu viel beweisen. Auf solche Art muß er die Sache gründlich untersuchen und alles aufspüren, was nützen, und alles, was schaden kann. Endlich muß der Advocat, der erst den Clienten anhörte, ihn dann als Gegner bekämpfte, zu guter Letzt sich an die Stelle des Richters setzen. (Jetzt hat er die Sache schon übernommen.) Alles, wovon er glaubt, daß es ihn bewegen würde, wenn er selbst in dieser Sache Richter wäre, das muß er hervorheben, das beim Richter besonders geltend zu machen suchen. — Dies sind etwa, sehr in's Kurze gezogen, die Regeln, die uns der Römische Rhetor giebt, dieser Quinctilian, der so gerne spricht und dem Witze so

§. 6.

Fortsetzung.

Denn, so schwierig der Advocat seyn muß, ehe er die Sache übernommen, so kräftig, so männlich muß er sie führen, nachdem er sie übernommen. So muß die Sache seines Clienten, der auf ihn sein Vertrauen setzte, ihm am Herzen liegen, als wenn es seine eigene und unter mehrern diese die einzige wäre. Um aber jede Sache so behandeln und ihr und dem Clienten völlig gerecht werden zu können, darf der Advocat deren freilich nicht mehr übernehmen, als er vernünftigerweise bestreiten kann. Schon Quinctilian [1]) giebt dem Redner den Rath: Afferet ad dicendum curae semper quantum plurimum poterit. Neque enim solum negligentis, sed et mali et in suscepta causa perfidi ac proditoris est, pejus agere, quam possit. Ideoque ne sus-

---

eifrig nachjagt, dessen Gedanken zwar oft schimmern und glänzen, aber nicht eben so oft wahr sind; denn beides zugleich kann man gewöhnlich nicht vereinigen und wem es darum zu thun ist, daß alles genau wahr und richtig sey, was nun doch das erste Gesetz seyn muß, der ist oft genöthigt, den glänzenden Gedanken aufzuopfern und den wahren an dessen Stelle zu setzen. Quinctilian aber scheint zu denjenigen zu gehören, welche bei einer solchen Wahl ein entgegengesetztes Verfahren beobachten.

Was nun an dieser Stelle Quinctilian lehrt, daraus mag sich der Leser das Beste nehmen, denn alles möchte eben nicht zu empfehlen seyn, wenigstens nicht alles unter allen Umständen, namentlich nicht, was er von dem zu weit getriebenen Mißtrauen gegen den Clienten und von dem gegen ihn zur Erforschung der Wahrheit zu beobachtenden Verfahren sagt. Was dann übrig bleibt, davon wird der Leser am Ende auch noch urtheilen, Quinctilian habe nicht erst kommen dürfen, ihn das zu lehren; es bedürfe überhaupt solcher besondern Vorschriften nicht; ein Advocat von gesundem Verstande werde von selbst schon wissen, wie er sich nach den jedesmaligen Umständen zu verhalten habe.

1) Inst. orat. cap. 12. §. 9.

cipiendae quidem sunt caussae plures, quam quibus suffecturum se sciat. Insonderheit sorgt der Advocat, daß die Thatsachen, die zum Vortheil seines Clienten gereichen, in ihrer ganzen Vollständigkeit zur Kenntniß des Richters gelangen, nämlich, daß sie vorgetragen und, wenn es nöthig ist, durch die gehörigen Mittel gehörig bewiesen werden. Besondere Sorgfalt verdient der Beweis durch Zeugen und namentlich darf der Advocat nicht unterlassen, wenn es zum Beweise durch Zeugen kommt, die Zeugen über ihre Kenntniß von der Sache selbst zu befragen, ehe denn er die Fragen abfaßt, die er durch den Richter ihnen vorlegen will. Was er aus dem Munde des Clienten, als eines Dritten, erfährt, lautet öfters von dem, was die Zeugen wissen, ganz verschieden; ja, wenn der Client nicht gewohnt ist, seine Gedanken gehörig zu ordnen, entstehen gar leicht Mißverständnisse. Die Zeugen werden über Umstände vernommen, die sie nicht wissen und über diejenigen, worüber sie etwas dem Clienten Vortheilhaftes aussagen könnten, befragt man sie nicht; also geschieht es, daß der Advocat, weil er die Fragen auf's Gerathewohl entwarf, den Proceß verloren macht. Dieses muß ein guter Advocat meiden.

Im ganzen Laufe des Processes bemüht er sich, Schaden und Unrecht von dem Clienten abzuwehren und hat sein Ziel unverändert im Auge. Das Ziel des Advocaten ist der Sieg; er verspricht ihn nicht, sondern läßt eher die Möglichkeit des Verlustes fürchten, aber er bemüht sich, seinem Clienten den Sieg zu verschaffen. Dieses Ziel auf dem kürzesten Wege zu erreichen, und jedes Unrecht von seinem Clienten abzuwenden, muß er sich aus allen Kräften eifrig bemühen [1]. Es muß

---

1) *L.* 14. §. 1. *C. de jud.* Patroni caussarum — juramentum praestent, quod omni quidem virtute sua, omnique ope, quod ve-

also der Advocat sich angelegen seyn lassen, den Streit so gut als möglich und auch so schnell als möglich zu beendigen. Nicht frühe genug kann der Client zu dem Seinigen gelangen, nicht frühe genug der mancherlei Uebel, die ein Proceß mit sich führt, der Sorge über den Ausgang, der Kosten, des Verdrusses entledigt werden. Die Tugend der Betriebsamkeit ist in den Augen eines Dritten nicht von so großem Werth, als sie für den Clienten wichtig ist. Mehr als eine Sache ist bloß durch die Nachlässigkeit des Advocaten verloren gegangen, und wenn sie nach langer Verzögerung gewonnen ward, geschahe dies zu einer Zeit, da der Sieg allen, oder einen großen Theil seines Werths verloren hatte. Ja, es wird durch Nachlässigkeit der Advocaten, die aus Trägheit oder Ueberladung mit Geschäften entspringt, im Allgemeinen vielleicht mehr geschadet, als selbst durch ihre Ungeschicklichkeit.

Ein geschickter und rechtschaffner Advocat, welcher die Führung der ihm anvertrauten Sache sich angelegen seyn läßt, und ohne Rücksicht auf Haß oder Gunst der Menschen seinem Ziele nachstrebt, wird bald die Zuflucht aller Bedrängten. Alle wenden sich an ihn, die Richter ehren ihn und fürchten ihn, und selbst der Widersacher muß ihn achten. Nicht selten sieht man, daß Clienten zu dem Advocaten ihre Zuflucht nehmen, der in einem frühern Streit, als Beistand des Gegners, ihr eifrigster Widersacher war.

---

rum et justum existimaverint, clientibus suis inferre procurabunt: nihil studii relinquentes, quod sibi possibile est: non autem etc.

§. 7.

§. 7.
Fortsetzung.

Auch ist es dem Advocaten wohl anständig, unter allem Wechsel des Streits bei seinem Clienten treu auszuharren. Der von seinem Advocaten verlassene Client verzweifelt vielleicht an dem guten Ausgang seiner Sache und giebt sie zu früh verloren und, wenn dies auch nicht ist, verzögert doch Wechsel des Advocaten den Proceß und an die Stelle dessen, der die Sache und den Gang dieses Processes kennt, tritt ein Neuling, der sich erst damit bekannt machen soll. Aus dem Grunde der Verzögerung verbieten selbst die bürgerlichen Gesetze dem Advocaten, sich der Führung einer einmal übernommenen Sache wider den Willen des Clienten zu entschlagen, es müßte denn seyn, weil er ihre Ungerechtigkeit erkannt hat [1]). Aber wenn im umgekehrten Fall die Ueberzeugung von der Rechtmäßigkeit der Sache fortdauert, kann es da dem Advocaten überhaupt erlaubt seyn, was ihm schon vor der Uebernahme nicht erlaubt war, nämlich, die gerechte Sache unvertheidigt zu lassen? —

§. 8.
Fortsetzung.

Mißgeschick darf den Advocaten nicht muthlos machen; so lange noch gestritten wird und das letzte Urtheil noch nicht rechtskräftig geworden, ist noch nichts verloren; wer zuerst, ja im ganzen Laufe des Processes unterlag, geht bisweilen am Ende doch als Sieger davon, und dieser, nach mancherlei Abwechselungen, mit größerer Anstrengung errungene Sieg, ist der rühmlichste. Aber er sey auf alles gefaßt und bemühe

1) L. 13. §. 9. C. de jud.

sich mit Gleichmuth und Standhaftigkeit zu ertragen, wenn die Sache, die er verfocht, verloren geht. Habent et caussae sua fata et aliud solet esse judicis et aliud partium et Advocatorum judicium [1]). Mag es auch seyn, daß seine Sache wirklich gerecht war, die Gerechtigkeit ist keine ganz sichere Bürgschaft gegen den Verlust der Sache. Die Dichter rühmen von sich, daß nur sie die Gerechtigkeit zu handhaben ganz verstehen und nirgends werde sie in ihrer Vollkommenheit gefunden, als auf der Bühne. Und allerdings mag es wohl seyn, daß nicht immer die bei Gericht siegreiche Sache auch die gerechte ist. Oftmals kann die Gerechtigkeit aus Mangel des Beweises zum Richter nicht durchdringen; in andern Fällen scheitert sie vielleicht an dem Stumpfsinn oder der Bosheit der Richter. Es ist auch möglich, daß höhere Richter von niedern übersehen und gute Entscheidungen durch schlechte aufgehoben werden. Also kann es geschehen, daß die gerechte Sache am Ende nicht siegt, sondern unterliegt. Aber das ist auch nicht die Pflicht des Advocaten, der gerechten Sache den Sieg zu verschaffen, sondern, daß er sich nach seinen Kräften darum bemühe. Wenn er nicht siegt, muß er doch verdienen, gesiegt zu haben und das Bewußtseyn, seine Sache so geführt zu haben, wird zugleich am besten geeignet seyn, ihn über den Verlust der Sache zu trösten.

§. 9.

Fortsetzung.

Um nichts zu übergehen, gedenke ich auch mit zweien Worten einer Tugend des Advocaten, die im Unterlassen besteht. Nämlich, es gehört auch zu den Pflichten des Advocaten, daß

---

1) *Holtermann* de nequitia Adv. §. 13.

er seinem Clienten treu seyn, d. h. nicht zum Nachtheil desselben den Gegner begünstigen dürfe. Aber die Befolgung dieser Pflicht gereicht ihm nicht sowohl zum Ruhm, als das Gegentheil der größte Fehler, ja ein grobes Verbrechen seyn würde. Während es die Sache des Richters ist, zwischen den streitenden Theilen in der Mitte zu stehen, keinem näher, wie dem andern, und jedem mit gerechter Waage sein Recht zuzumessen, gebührt es dem Advocaten, auf der Seite seines Clienten, bei ihm, neben ihm zu stehen — ein Platz, den ihm schon die deutsche Sprache anweis't — nur ein Praevaricator steht, wie Ulpian sich ausdrückt, auf beiden Seiten; oder vielmehr, er steht gerade auf der entgegengesetzten, als wo er eigentlich stehen sollte [1]); den, welchen er beschützen sollte, feindet er an, und macht sich einer ausgezeichneten Treulosigkeit schuldig. Virgil hat ihm im Tartarus eine Stelle angewiesen [2]):

> Hic, quibus invisi fratres, dum vita manebat,
> Pulsatusve parens et fraus innexa clienti [3]).

§. 10.

Fortsetzung.

Was seine Vorträge betrifft, so gebührt es ihm vor allen Dingen, sich der Wahrhaftigkeit zu befleißigen und die Thatsachen, worüber seinem Clienten eine Aeußerung vor Gericht abgefordert wird, mit der größten Treue und Aufrichtigkeit vorzutragen, nichts hinzuzusetzen und nichts zu verschweigen, sich auch keiner unbestimmten oder zweideutigen oder auf Schrauben gestellten Ausdrücke zu bedienen. Zur Wahrhaf-

1) L. 1. D. de praevaricat.
2) Aeneid. lib. 6. v. 609.
3) Ueberhaupt war das Verhältniß der Treue zwischen Patron und Clienten den Alten das heiligste. S. *Leyser* sp. 554. med. 1. 2. 3.

tigkeit rechne ich auch die Enthaltung von allen Uebertreibungen, wozu streitende Theile, um das Unrecht des Gegners zu erhöhen, oder das eigne zu verkleinern und den Richter gegen den Feind einzunehmen, nur zu geneigt zu seyn pflegen. So wenig dem Clienten selbst dergleichen erlaubt seyn würde, eben so wenig kann dies demjenigen gebühren, der das Wort für ihn führt. Nicht darin besteht die Kunst des Advocaten, die Thatsachen zu entstellen, oder zu verdrehen, sondern die wahren Thatsachen, nach den für seinen Clienten daraus entspringenden Gerechtsamen, geltend zu machen. Jenes ist allenfalls nur der Mißbrauch, den schlechte Advocaten von ihrer Kunst machen; ein unedler Kunstgriff, dessen die guten nicht bedürfen und worüber die echten weit erhaben sind.

Ich wage indessen nicht zu behaupten, als müsse der Advocat, abgesehen von der Wahrhaftigkeit der Thatsachen, auch dasjenige alles vortragen, was zum Nachtheil seines Clienten gereicht. Es könnte zwar, wenn man die Sache bloß von der moralischen Seite betrachten wollte, daran gezweifelt werden, ob dem Advocaten erlaubt sey, mit Uebergehung der Gründe, die seinem Clienten entgegenstehen, bloß solche vorzutragen, die für ihn sprechen. Bei einer Sache, wie er sie allein nur verfechten darf, wird er es vielleicht können, ohne daß es dem Clienten schadete. Indessen verbinden doch die Gesetze ihn nicht, das Interesse seines Gegners wahrzunehmen, sondern erwarten, daß dieser für sich selbst sorgen und in dem Kampf vor Gericht sich seiner Haut wehren werde. Jenes wird so wenig zu seinen Pflichten gehören, daß man wohl sagen möchte, wie er dadurch, indem er ganz aus seiner Rolle fiele, seine Pflichten gegen den Clienten verletzen würde, wenn er es nicht etwa thut, um den Gegner wirksamer zu widerlegen. Der Advocat wird also nicht gerade nöthig ha-

ben, dem Gegner die Waffen gegen sich in die Hände zu geben. Wenn die Sache, die er verficht, nur an sich gerecht ist, oder von ihm dafür gehalten wird, wie hier immer vorausgesetzt wird, so hat er gerade nicht nöthig, Gründe, die seinem Clienten bei einem schwachen Richter zum Nachtheil gereichen könnten, anzuführen. Seine Kunst äußert sich auch bisweilen durch Unthätigkeit, durch das, was er nicht sagt, nicht widerlegt. Es können Fälle vorkommen, wo ein Benehmen dieser Art dem Clienten nützlich ist. Dies wußte und erfuhr schon jener gerichtliche Redner, der geistreiche Plinius d. J.; bald sprach er, wie er von sich selbst rühmt, zu Zeiten schwieg er; er schwieg für seine Clienten und durch bloßes Schweigen (silentio) — trug er Siege davon [1]. —

§. 11.

Fortsetzung.

Der Vortrag selbst sey dem Gegenstande angemessen; je deutlicher, bündiger, kürzer die Gründe, die für den Clienten streiten, vorgetragen, diejenigen des Gegners widerlegt werden, je zweckmäßiger, je besser wird er seyn. Nur wenig, aber etwas Gutes. Auch dem Advocaten ist die Regel zu empfehlen, welche uns dem Schlusse zuzueilen befiehlt. Die weitläufige Schreibart entspringt bei vielen leider! aus Habsucht, bei andern aus Mangel an Sorgfalt und Fleiß, den sie auf die

1) *lib.* 7. *ep.* 6. Ipse raro et breviter interlocutus, multum me intra silentium tenui. Accepi enim, non minus interdum oratorium esse, tacere, quam dicere: atque adeo repeto quibusdam me capitis reis, vel magis silentio, quam oratione accuratissima profuisse. — Non facile me repeto tantum consecutum assensum agendo, quantum tunc non agendo. Similiter nunc et probatum et exceptum est, quod *pro Vareno hactenus tacui.*

Sache und auf den Vortrag verwenden. In allen Fällen liegt Unbescheidenheit dabei verborgen, indem man die Aufmerksamkeit des Richters zu sehr auf sich lenkt, von seiner Zeit zu viel für sich in Ansprache nimmt, ihm zumuthet, sich zu lange mit uns zu beschäftigen. Diese an Worten reichen, aber an Gedanken leeren, mit Wiederholungen, Scheingründen, falschen Gründen, abgedroschenen Späßen angefüllten Schriften, wie gewöhnliche Advocaten sie handwerksmäßig zu verfertigen pflegen, wen ekeln sie nicht an? Für den Clienten selbst sind sie von keinem wahren Nutzen; sie ermüden den Richter, statt ihn zu unterrichten, erschweren ihm die Arbeit und verleiden sie ihm.

Wenn nun gleich eine weitläuftige Schreibart zu meiden und eher eine gedrängte zu empfehlen, so wird der Advocat doch nicht nöthig haben, ja es wird ihm nicht einmal erlaubt seyn, etwas, was zu Gunsten des Clienten spricht, zu übergehen; er wird sich auch über Wahrheiten, welche nicht eben sogleich in die Augen fallen, sondern vielleicht sehr versteckt liegen, etwas ausführlicher verbreiten können, um sie einleuchtend und eindringlich zu machen, was bei minder scharfsichtigen Richtern, denen es nicht genug ist, ein einziges Wort zu sagen, nöthig seyn kann. Es ist auch wahr, daß es leicht geschieht, daß auf Behauptungen, die im ersten Augenblick verworfen werden, wenn sie im Fortschreiten des Vortrages nach einiger Zeit wiederholt werden, der Richter aufmerksam wird, ihnen nachdenkt und sie am Ende doch Eingang bei ihm finden. Ich kann daher auch wieder dem Plinius nicht so ganz Unrecht geben, wenn er schreibt: Frequens mihi disputatio est cum quodam docto homine et perito, cui nihil aeque in caussis agendis ut brevitas placet. Quam ego custodiendam esse confiteor, *si caussa permittat:* alioqui

praevaricatio est, transire dicenda: praevaricatio etiam, incursim et breviter attingere, quae sunt inculcanda, infigenda, repetenda. *Nam plerisque longiore tractu vis quaedam et pondus accedit.* Nur versteht es sich, daß nur bei bösem Vorsatz von Praevarication die Rede seyn kann; auch muß man nicht vergessen, daß Plinius wohl nur das Römische mündliche Verfahren in Gedanken hatte; und endlich glaube ich, daß eine gedrängte Schreibart mehr Kraft habe, als eine auseinander gezerrte, muß also dem Plinius in dem Schlußsatz widersprechen.

Kraft und Nachdruck im Ausdruck dürfen nicht vermißt werden, wo es ihrer bedarf. Doch der Schönheit und des Schmuckes der Rede bedarf es gerade nicht; sie sind in gerichtlichen Vorträgen, wodurch man Siege erkämpfen, nicht ergötzen will, angenehme, doch entbehrliche, Zugaben. Abunde dixit bene, wie Quinctilian sich ausdrückt, quisquis rei satisfecit [1]). Den strengen, ernsten Richter gewinnt man dadurch nicht; ein Vortrag dieser Art erscheint ihm ungründlich; die Sache selbst wird ihm wohl gar verdächtig und im glücklichsten Fall ist er mit der Sache zu sehr beschäftigt, als daß er auf den Ausdruck achten sollte. Die Schönheit bestehe hier in der Gründlichkeit, in der Enthaltung von allen gemeinen und von solchen Ausdrücken, die aus fremden Sprachen entlehnt sind, ohne doch Kunstausdrücke zu seyn. Der einfache Vortrag der Thatsachen ist oft die beste Vertheidigung. O magna vis veritatis, ruft Cicero aus, quae facile se per se ipsam defendat. Und Euripides:

> Wahrheit liebt Einfalt. Die gerechte Sache
> Hat künstlich schlauer Wendung nicht von nöthen.

---

1) Inst. orat. cap. 12. §. 9.

Sie selbst ist ihre Schutzwehr. Nur die schlimme,
Siech in sich selbst, braucht die Arznei des Witzes [2]).

Es bedarf nicht der Kunst, die Weniges mit Aufwand vieler Worte, in immer neuen Wendungen sagt, sorgfältig auf den Wohlklang achtet, die Sache wohl gar über den Ausdruck aufopfert, die Gemüther der Zuhörer zu erregen und sie für sich zu gewinnen strebt, nicht der alten Redner-Kunst, der **Demosthene, Cicerone**, der **Hortensien**; eigentliche Beredsamkeit bleibt aus unsern Gerichtshöfen, wo es auf ruhige Ueberlegung, auf sorgfältige Prüfung, auf genaues Abwägen der Gründe, die für den einen und andern streiten, ankommt, nicht auf Ueberredung, oder Ueberraschung, sie bleibt besser verbannt; in der That würde sie auch dem gegenwärtigen Zustande der Dinge, unserer Art, die Geschäfte zu behandeln, gewöhnlich auch den Sachen nicht angemessen seyn, worüber gestritten wird, als welche meistens nicht geeignet sind, den Redner zu begeistern. Doch will ich nicht sagen, daß nicht auch bei uns Fälle vorkommen könnten, in welchen es nicht nur erlaubt, sondern auch gut und nützlich und schicklich seyn würde, wenn der Advocat durch Beispiele aus der alten und neuen Geschichte, Stellen aus den Alten und selbst aus Dichtern, denen es gegeben war, große Wahrheiten auf eine sinnreiche oder eindringliche Art auszudrücken, seinen Vortrag zu beleben wüßte [3]).

---

2) Scenen aus den Phönizierinnen des **Euripides** von **Schiller**.

3) *Quinctilian. de institut. orator. lib.* 12. §. 4. Inprimis vero abundare debet orator exemplorum copia, tum veterum, tum etiam novorum: adeo ut non ea modo, quae conscripta sunt historiis aut sermonibus velut per manus tradita, quaeque quotidie aguntur, debeat nosse; verum ne ea quidem, quae sunt a clarioribus poetis ficta, negligere. Nam illa quidem priora aut testimoniorum aut etiam judicatorum obtinent locum: sed haec quoque aut vetustatis fide tuta sunt, aut ab

Zwar steht es dem Advocaten wohl an, wenn er seine Sache mit Eifer vertheidigt; auch darf er schon witzig und aufgeweckt schreiben, wenn er anders kann, sollte dies auch nicht gerade die Wirkung mehr hervorbringen, die Cicero davon erfuhr. Multum in caussis persaepe lepore et facetiis profici vidi schreibt Cicero [4]). Nur muß er sich nicht so weit vergessen, Injurien gegen den Gegner, oder gar den Richter auszustoßen, wozu die Leute, wenn dieser es ihnen nicht recht macht, nicht so urtheilt oder verfährt wie sie es gerne haben möchten, nur zu geneigt sind, indem sie dem Richter beimessen und für Begünstigung der andern Partei ansehen, was die Schuld ihrer schlechten Sache ist. Nicht mit Schmähungen geziemt es sich zu streiten, sondern mit Gründen [5]). Die anders zu handeln gewohnt sind, hießen bei den Römern Rabulae, und Rabula stammt nach Cicero [6]) von rabies her, woraus erhellt, daß es eben kein Ehrenname ist. (Wir pflegen diesen Ausdruck in einem andern Sinne zu nehmen.) Ob dem Advocaten erlaubt sey, sich der Ironie zu bedienen, daran könnte vielleicht gezweifelt werden, denn es liegt unter dieser Hülle verborgen, zwar keine wahre Verstellung, wohl aber eine Art von leichter Verspottung. Indessen kann man doch nicht sagen, daß, wer ironisch spricht, in contumeliam des Andern handle und eine Geringschätzung und Verachtung der Person des Andern zu er-

---

hominibus magnis praeceptorum loco ficta creduntur. Sciat ergo quam plurima: unde etiam senibus auctoritas major est, quod plura nosse et vidisse creduntur: quod Homerus frequentissime testatur. Sed non est expectanda ultima aetas, cum studia praestent, ut, quantum ad cognitionem pertinet rerum, etiam praeteritis seculis vixisse videamur.

4) de oratore lib. 2. cap. 54. nr. 222.

5) L. 6. §. 1. C. de postulando.

6) de oratore 1. 46.

kennen gebe, und also glaube ich nicht, daß man es zu den Injurien rechnen könne; wohl aber gehört es in das Gebiet des Witzes. Für Schmähungen können beide bestraft werden, der Advocat und der Client, jener als Urheber unter allen Umständen, dieser als Miturheber, wenn er darum gewußt hat. Denn, hat der Client darum gewußt, so ist er als einer, der den Auftrag dazu gab, der Advocat als einer, der ihn ausrichtete, verantwortlich; hat er aber nicht darum gewußt, so kommt die That auf die Rechnung des Advocaten allein und er allein büßet sie. Auch heißt es die Wohlthat des rechtlichen Gehörs mißbrauchen, wenn man Dinge einmischt, die nicht zur Sache gehören; dessen soll ein Advocat sich bei Strafe enthalten [7]), oder, wenn er die Gelegenheit wahrnimmt, anzügliche oder Stachelreden auszustoßen oder gar durch hämische und boshafte Aeußerungen die Ruhe des Andern zu stören. Es giebt freilich unter den Advocaten — und nicht bloß unter ihnen — solche Unholde, die nur dem Zuge ihrer Natur folgen, indem sie auf jeden, der in ihre Nähe kommt, Gift ausspritzen. Solche hämische und boshafte Aeußerungen, wozu besonders Leute von geringen Verstandeskräften leicht geneigt sind, verrathen zugleich Feigheit und niedrige Gesinnung, und nur kleine Seelen gefallen sich darin; wer sich selbst achtet, verschmäht sie. Die Erbitterung, die zwischen streitenden Theilen ohnehin zu herrschen pflegt, wird dadurch nur vermehrt; sie reizen zur Wiedervergeltung und geben zu neuen Processen Veranlassung. Der Richter kann sie nicht ungeahndet lassen [8]), sollten sie auch nicht als eigentliche Injurien zu betrachten seyn.

Bei allem dem sind doch nicht alle herbe und bittere

7) J. R. A. §. 96.

8) *L. 6. §. 1. C. de postu-*

Aeußerungen aus den gerichtlichen Vorträgen verbannt. Die Gesetze konnten Niemanden zumuthen, daß er aus Schonung des Andern verschweige, was die Erhaltung seiner Gerechtsame zu sagen nöthig macht. Er darf sagen, was zu seiner Vertheidigung dient, sollte es auch dem Gegner nicht zur Ehre gereichen, oder dieser sich dadurch gekränkt fühlen; er darf sich solcher Ausdrücke bedienen, die das widerrechtliche Betragen seines Feindes in das rechte Licht setzen, sollte dieser sie auch nicht gerne hören, und jedes Ding bei seinem rechten Namen nennen, sollte es auch für zarte Ohren empfindlich seyn, und was der Client kann, das alles darf der Anwalt, als welcher nur das Organ ist, dessen sich der Client bedient, um seine Gerechtsame dem Richter auseinander zu setzen. Das Bedürfniß begründet selbst hier vor Gericht ein Recht zu Schmähungen, weis't ihnen aber zugleich die Grenze an. Niemand wird den Ausdruck Schmähungen mißdeuten, welcher selbst der gesetzliche ist. Denn also schreiben die Römischen Kaiser Valentinian und Valens [9]). Ante omnia autem universi Advocati ita praebeant patrocinia jurgantibus, ut non ultra, quam litium poscit utilitas, in licentiam conviciandi et maledicendi temeritatem prorumpant: agant quod causa desiderat: temperent se ab injuria. So schreibt auch Quinctilian, indem er die Redner tadelt, welche die *vacua caussarum conviciis implent:* — quod ego adeo longe puto ab oratore perfecto, ut eum ne vera quidem objecturum, nisi caussa id exigat, credam.

Aber freilich muß das, was gesagt ward, zur Vertheidigung dienlich seyn und diese nicht dabei bloß zum Vorwand

lando: — nec enim conniventia commodanda est ut quisquam negotio derelicto in adversarii sui contumeliam, aut palam pergat aut *subdole*.

9) L. 6. §. 1. C. de postulando.

gebraucht werden, nicht bloß den Schlupfwinkel abgeben, hinter welchen Schmähsucht und Bosheit sich verstecken, um aus diesem Hinterhalt den Feind mit Sicherheit zu verletzen. Werden Behauptungen aufgestellt, welche die Ehre des Gegners verletzen und diese sind falsch, dafür muß der Client aufkommen, nicht der Advocat, der sich auf den Clienten verlassen und bei den Angaben desselben stehen bleiben muß. Nur, wenn er weiß, daß sie falsch sind, handelt er eben so unerlaubt, als der Client, der sie ihm mittheilte. Für Behauptungen von Thatsachen, die er aus eigenen Mitteln hinzugesetzt, ist er nur dann nicht verantwortlich, wenn die Thatsachen wahr sind [10]). Eigentliche Scheltworte zu gebrauchen, ist unter allen Umständen unerlaubt: durch sie beleidigt er nicht nur den Gegner, sondern verletzt auch zugleich die Achtung, die er dem Richter schuldig ist, und, wenn auch der Gegner dazu stille schweigt, findet er doch an dem Richter einen Rächer.

Ueberhaupt muß der Streit vor Gericht auf eine gesittete, besonders aber auf eine ehrliche Art geführt werden. Selbst bei Vertheidigung der gerechtesten Sache, darf der Advocat keine unerlaubte Mittel anwenden, um zum Ziel zu gelangen [11]). — Dasselbe kann man von dem Clienten sagen, und überhaupt sind die Regeln, die hier gegeben werden, auf beide anwendbar. — Daher darf er den Proceß in seinem Lauf nicht aufhalten. Abgesehen von dem Nachtheil, den einzelne dadurch leiden, ist, zur Vermeidung von Eigenmacht, dem Staat daran gelegen, daß das Vertrauen auf seine Hülfe gestärkt werde, welches dann nicht besser geschehen kann, als wenn, nach kurzem Proceß, ein gerechter Ausspruch so schnell, als möglich,

---

10) *Leyser* sp. 547. med. 8. 9. 10.

11) *Leyser* sp. 615. med. 23. *Hofacker* de Advocatis §. 7.

vollzogen wird. Daher darf der Advocat den Proceß selbst dann nicht absichtlich in die Länge ziehen, wenn es auch seinem Clienten nützlich wäre. Er darf weder selbst den Proceß verschleppen, noch seinem Clienten, wenn er eine solche Absicht bei ihm voraussetzen kann, darin Vorschub thun. Bei Gericht ist es nicht erlaubt, den Fabius zu machen. Das *non pugnare*, das *cunctari* ist unerlaubt. Allgemein steht geschrieben: *Nemo ex industria protrahat jurgium* [12].

Wenn ich nun die Pflichten des Advocaten kurz zusammenfasse, so äußern sie sich hauptsächlich durch Liebe zur Gerechtigkeit, die unter allen Tugenden die höchste ist. Er soll nur eine gerechte Sache übernehmen; nur eine gerechte führen; auch bei gerechten Sachen keine ungerechten Mittel anwenden; Unrecht verhindern und selbst keines thun. Bestimmt die Gerechtigkeit zu schützen, muß er in allen seinen Handlungen gerecht seyn. Er dient am Altare der Themis und sey ein würdiger Priester in ihrem Tempel. Aber auch außer der Gerechtigkeit müssen alle übrigen Tugenden ihn zieren; denn er hat Gelegenheit, sie alle anzuwenden. —

3.

Von den Kriegslisten der Advocaten.

Nachdem ich von den Pflichten der Advocaten gehandelt habe, wie könnte ich ihre Erfindungen mit Stillschweigen übergehen; diese Lehre hängt mit der vorigen zusammen und kann als eine Fortsetzung derselben angesehen werden. Es fragt sich

---

12) L. 6. §. 4. C. de postulando.

also, ob ein Advocat, um sein Ziel zu erreichen, List gebrauchen dürfe? Gilt auch hier der Ausspruch des Maro:

Dolus an virtus, quis in hoste requirat?

Darf er, gleich dem Feldherrn im Kriege, dem Feinde, um ihn zu besiegen, Schlingen legen? Darf er sich des Mittels bedienen, was, wenn es gelingt, auf eine leichte Art uns zum Siege führt, für den Besiegten aber, indem es zu dem Schmerz über den Verlust die Beschämung und den Vorwurf der eigenen Schuld gesellt, doppelt und dreifach schwer ist, darf er zu der Kriegslist (strategema) seine Zuflucht nehmen? Der gemeine Mann sieht darin ein Hauptstück der Kunst des Advocaten, und daß die Sache in Deutschland nicht unbekannt sey, deutet die Menge der Benennungen an, welche fast in lauter Diminutiven die Sprache dafür darbietet. Man wird aber nicht erwarten, daß ich einzelne Beispiele, wie man sie in den Schriften der Rechtsgelehrten aufgeführt findet, hier namhaft mache; manche darunter sehen einem Schelmstück mehr ähnlich, als einer sinnreichen Erfindung. Ich werde auch nicht untersuchen, ob es rathsam sey, von solchen Künsten Gebrauch zu machen, und ob sie nicht häufig ihres Zwecks verfehlen, ob nicht die einen durch Klugheit, die andern durch Einfalt, und diese vielleicht noch stärker, dagegen geschützt sind; ja, wer dem andern eine Grube gräbt, fällt bekanntlich leicht selbst hinein. Ich frage bloß, ob es erlaubt sey, sich ihrer zu bedienen? Bei Beantwortung dieser, ehemals berühmten, Frage pflegen die Rechtsgelehrten im Allgemeinen wohl dafür zu halten, daß, vermöge der bürgerlichen Gesetze, dem Advocaten eben nicht verwehrt sey, sich seinem Ziel auf Umwegen zu nähern. Sie verstatten ihm den Gebrauch der Kriegslisten, jedoch mit gewissen Einschränkungen und unter der Voraussetzung, daß seine Sache eine gerechte sey. Diese Lehre ist

von hohem Alter und rührt ursprünglich von den Glossographen her. Advocatus, si habet justam causam, licite potest decipere adversarium suum [1]). Eine Lehre, die so mit der Neigung der Menschen übereinstimmt, wird ohne Zweifel, auch abgesehen von dem Ansehen der Glossographen, Eingang gefunden haben. Indessen weiß ich nicht, ob unsre Advocaten, wenn sie ihren Gegnern Fallen stellen, dies vermöge ihrer Gelehrsamkeit thun, oder ob es reine Naturgaben sind. Man hat sogar eigne Anweisungen für Advocaten, wodurch sie in den Stand gesetzt werden, ihre Gegner auf eine gelehrte Art hinter's Licht zu führen; ich werde mich aber wohl hüten, sie namhaft zu machen.



Der Rechtsstreit, sagt man, ist dem Zustande des Kriegs zu vergleichen. Nihil bello tam simile est, quam lis et judicium, und wie in einem gerechten Kriege alle Waffen gelten, so sind auch im Proceß für denjenigen, der eine gerechte Sache hat, alle Mittel gut, die zum Siege führen. Man darf freilich den andern nicht beleidigen und ihn zu diesem Ende nicht täuschen; aber, wenn der andre uns beleidigen, in Ansehung unsrer Rechte uns kränken will, da darf man, um dies zu verhüten, auch zu der List seine Zuflucht nehmen. Was man zu seiner Vertheidigung thut, das gehört nicht zum Dolus malus, und ist folglich erlaubt, nach dem, was Labeo und Ulpian lehren [2]). Besonders aber ist gegen einen Feind, der uns selbst mit List zu berücken strebt, der Gebrauch gleicher Waffen, wenigstens um seine Machinationen zu vereiteln, erlaubt; oder sollte man nicht List anwenden dürfen, um List

1) *Glossa* in c. *dominus noster* 23. qu. 2. *Festing* de artificiis Adv. cap. 2. *Brückner* de strateg. Adv. cap. 1. §. 5. sq. *G. A. Struv* de dolo bono Adv. cap. 2. *Huber* prael. ad Dig. lib. 3. tit. 1. §. 10.

2) L. 1. §. 3. D. de dolo malo.

zu vereiteln? Schreibt doch Papinian: Neque enim dolo fecisse, qui fraudem exclusit [3]).

Es mag einstweilen wahr seyn, was diejenigen, die sich darauf verstehen wollen, wie mit Einem Munde lehren, daß in einem gerechten Kriege alle Waffen gelten und, gleichwie offenbare Gewalt, also auch List gegen den Feind erlaubt sey, der darauf ausgeht, uns widerrechtlich zu schaden; aber, was im Kriege unter Völkern erlaubt ist, ist es deshalb auch erlaubt im Staate unter den Einzelnen? Der Rechtsstreit hat zwar mit dem Kriege einige Aehnlichkeit, aber das heißt doch die Vergleichung zu weit treiben und, ich möchte sagen, aus Scherz Ernst machen, wenn man beide in der Art gleichstellt, daß man auf beide dieselben Rechtsgrundsätze anwendet. Wenn der Rechtsstreit in einigen Stücken mit dem Zustande des Kriegs übereinkömmt, was kann auch wieder verschiedener seyn, als Krieg und Rechtsstreit, als Kampf mit Waffen und Wortwechsel vor Gericht. Ist nicht der Kampf mit Waffen unter Völkern, um durch Selbsthülfe Rechte geltend zu machen oder sich gegen ungerechten Angriff zu vertheidigen, dem Streit vor Gericht, wodurch, mit Ausschließung aller Selbsthülfe, die wechselseitigen Gerechtsame einem Dritten, dem Richter, also dem Staate selbst, von Bürgern desselben Staats zur Prüfung vorgelegt werden, damit sie, bewährt befunden, vom Gegner anerkannt oder durch Hülfe des Staats erzwungen werden — sind nicht beide einander gerade entgegengesetzt? Im Kriege gilt Gewalt, und wo Gewalt gilt, wie sollte da auch nicht List gelten gegen den Feind, der auf alles gefaßt seyn muß und

3) L. 77. §. antepenult. de leg. 2. So bemerkt auch die Glosse in c. *cupientes* 16. de elect. in 6. verb. malignantium, qui habet jus in principali causa, potest cavillationes et malitias adversarii per alias repellere.

und vom Feinde keine Schonung erwarten, sie wenigstens nicht fordern kann; — wenn es gleich edler seyn mag, sich ihrer zu enthalten. — Aber im Staat ist der Gewalt und jedem Mittel, was nicht zu den gesetzmäßigen gehört, entsagt. Hier ist das Einzige, was erlaubt seyn kann, das Bemühen, seine Gerechtsame durch Anwendung der vom Gesetz an die Hand gegebenen Mittel geltend zu machen.

Wenn also die Lehre keine andre Haltung hat, als die Vergleichung mit dem Kriege, so scheint es schlecht um sie bestellt zu seyn. Aber was, wenn es Beweisgrund seyn soll, kein Gewicht hat, kann vielleicht in andrer Hinsicht dennoch in Betrachtung kommen? Darauf wollen wir hernach zurückkommen.

Es läßt sich nicht bestreiten, daß man zu seiner Vertheidigung sich auch im Staat der List bedienen dürfe. Zuvörderst kann es keinen Zweifel leiden, daß List als Nothwehr erlaubt sey. Wenn die Hülfe des Staats so schnell nicht zu haben ist, als man ihrer zu seinem Schutz gegen ungerechten Angriff bedarf, so tritt das natürliche Recht der Selbstvertheidigung wieder in seine Stelle und, wie es keine andre Schranken hat, als das Bedürfniß, kann es durch Gewalt, ja selbst, wenn sie nöthig ist, durch die äußerste, folglich auch durch List und Täuschung, welche, wenn sie der Gewalt nicht bloß den Weg bahnen sollen, sogar noch als ein gelinderes, sanfteres Mittel, den Gegner von unerlaubten Handlungen abzuhalten, als wirklicher Dolus bonus, Schonung desselben mit sich führen, ausgeübt werden. Von solchem Fall eigentlicher Nothwehr ist es wohl nur zu verstehen, wenn Betrug, angewandt zum Schutz unserer oder fremder Güter, also wohl überhaupt zur Vertheidigung, nach dem von Ulpian gebilligten Ausspruch des Labeo vom Dolus malus ausgenom-

men, also zum Dolus bonus gerechnet wird [4]). Ich wage indessen nicht zu behaupten, daß die bürgerlichen Gesetze uns verwehren sollten, auch in andern Fällen, um zu verhüten, daß der andre uns nicht zu nahe trete, uns nicht in unsern Gerechtsamen verletze, indem er sich seinen Verbindlichkeiten gegen uns zu entziehen sucht — was freilich am Ende alles auf Vertheidigung sich zurückführen läßt — ihn zu täuschen, ihn zu überlisten, ihm Fallen zu stellen. Dies scheint nicht verboten, folglich frei gegeben zu seyn. Es mag freilich gegen Manches der Art von Seiten der Moral Manches zu erinnern seyn, und edler ist es, wenn man mit Cicero [5]) zum Wahlspruch annimmt: *ex omni vita simulationem dissimulationemque esse tollendam;* indessen nicht alles, was die sittlichen Gesetze verbieten, untersagen die bürgerlichen oder, wie Paulus schreibt: Non omne, quod licet, honestum est [6]). Vermöge der bürgerlichen Gesetze kann manches geschehen, was eine strenge Moral nicht gut heißt und doch zum Dolus malus nicht gerechnet werden kann, weil dem andern dadurch nicht wirklich geschadet wird, man ihm auch nicht schaden, sondern ihn nur zwingen will, der Wahrheit die Ehre zu geben, oder sich seiner Pflicht zu entledigen, was also auch nicht zur Entschädigung verpflichtet und nicht strafbar ist [7]). Betrug ist es nur, wenn man durch Täuschung einen widerrechtlichen

---

4) *L.* 1. §. 2. *D. de dolo malo.* Dolum malum Servius quidem ita definit, machinationem quandam alterius decipiendi causa, cum aliud simulatur et aliud agitur. Labeo autem, posse et sine simulatione id agi, ut quis circumveniatur: posse et sine dolo malo aliud agi et aliud simulari, sicut faciunt, qui per ejusmodi dissimulationem deserviunt et tuentur vel sua vel aliena. Itaque ipse sic definit, dolum malum esse omnem calliditatem, fallaciam, machinationem ad circumveniendum, fallendum, decipiendum alterum adhibitam. Labeonis definitio vera est.

5) lib. 3. off.

6) L. 144. D. de reg. jur.

7) L. 19. §. 3. D. de neg. gestis.

Vortheil erpreßt, nicht aber, wenn man den andern nöthigt, recht zu handeln. Ich glaube nur nicht, daß man sich aller solcher Mittel, die außergerichtlich angewandt, geduldet werden oder ohne nachtheilige Folgen sind, vor Gericht und im Laufe des Rechtsstreits bedienen dürfe. Täuschung durch Unterdrückung der Wahrheit wird vor Gericht nie erlaubt seyn, sollte auch dadurch nicht geschadet werden. Dies verbietet schon der Ort — darf ich sagen die Heiligkeit des Orts? — und die Achtung, die man dem Gericht schuldig ist. Daß man das Gericht selbst nicht täuschen dürfe, wird wohl jeder zugeben. Aber, auch den Gegner wird man durch Unterdrükkung der Wahrheit nicht täuschen dürfen, was nur unter Vermittelung des Gerichts geschehen könnte. Auf die Gerechtigkeit der Sache kann es hier nicht ankommen. Auch in der gerechtesten Sache können die Gesetze, ohne mit sich selbst in Widerspruch zu stehen, Niemanden erlauben, sich unerlaubter Mittel zu bedienen. Nicht zu gedenken, daß jeder von der Gerechtigkeit seiner Sache sich leicht überredet, daß einer von beiden nothwendig irren und jeder den Irrthum sich als leicht möglich denken muß, soll ja die Gerechtigkeit der Sache eben erst durch den Streit und den Ausspruch des Richters ausgemittelt werden. Welche Sache gerecht sey, ist nicht erschienen, ehe denn der letzte Ausspruch des Richters die Rechtskraft erlangt hat; mit diesem Augenblick aber ist auch der Streit schon beendigt.

Es ist aber, nach den Gesetzen, auch selbst vor Gericht und im Laufe des Rechtsstreits, nicht gerade alle Verschlagenheit beim Advocaten zu verwerfen. Man muß, denke ich, unterscheiden Geschicklichkeit und Betrug, den ehrlichen und den allzu ehrlichen Advocaten. Ehrlichkeit schließt zuvörderst den Gebrauch von Mitteln nicht aus, welche dem Advocaten die

Kenntniß der Gesetze und seine Kunst an die Hand geben, um seinen Clienten auf die beste und schnellste Art zum Ziel zu führen [8]). Ehrlichkeit schließt Feinheit und Vorsicht nicht aus [9]). Ein guter Advocat darf und muß wachsam seyn; er ist stets auf den Vortheil seines Clienten bedacht und gegen den Gegner auf seiner Huth; er sieht sich vor, daß er nichts thue, was seinem Clienten jetzt oder in der Folge Schaden verursachen könnte; er sieht den Gegner von weitem kommen und weiß seinen Streichen mit Geschicklichkeit auszuweichen. Bei aller Ehrlichkeit hat ein Advocat auch eben nicht nöthig, den Gegner mit den schwachen Seiten seiner Sache bekannt zu machen oder die Aufmerksamkeit des Richters darauf hinzulenken, dem Gegner die Waffen gegen sich in die Hände zu geben oder ihm die Gelegenheit zu verschaffen, seinen Clienten mit Vortheil anzugreifen; er wird, ohne Tadel zu verdienen, manches **unterlassen** können, wovon der Gebrauch dem

---

8) *Hofacker de Advocatis* §. 7. Neque vero laedunt Advocati conscientiam strategemata artis, quae graece Euremata vocantur, qualia in Pandectas ex scriptis antiquorum jureconsultorum relata inveniuntur: in rebus directo conclamatis remedia jure adprobata, ab indirecto aut a reflexo saepius juvantia ac majorem advocatorum peritiam prodentia.

9) Gesetzt z. B. sein Gegner hat von dem Urtheil des Unterrichters an den höheren sich berufen und der Advocat hält dafür, die Appellation werde auf eine frevelhafte Art gemißbraucht, und will durch die Exceptio frivolae bewirken, daß der Oberrichter sie nicht annehme, sondern seinen Gegner auf der Stelle damit abweise, zugleich aber will er, um die vom Gegner beabsichtigte Verzögerung des Processes soviel möglich zu vereiteln, um Abkürzung der Nothfristen bitten. Dann wird ein vorsichtiger Advocat beide Anträge, wiewohl der eine auf den andern gebaut ist, von einander absondern, damit seinem Gegner nicht durch Mittheilung der exceptio frivolae die Gelegenheit verschafft werde, die Gründe, aus denen die Verwerflichkeit der Appellation herzuleiten, zu widerlegen und mithin, zum Schaden seines Clienten, bei einem schwachen Oberrichter das letzte Wort zu haben.

Gegner Vortheil verschafft haben würde; er wird sich mit Schlauheit benehmen und List durch Verschlagenheit vereiteln können. Es wird von ihm abhängen, die Gründe für seinen Clienten so zu stellen, daß sie die vortheilhafteste Wirkung thun; seine Vertheidigungsmaaßregeln nicht voreilig zu verrathen; wenn er merkt, daß der Gegner etwas im Schilde führt, sich auf alles gefaßt zu halten; gegen das, was jener etwa unternehmen möchte, schon ein Gegenmittel zur Hand zu haben. Aber, wohl gemerkt, *alles was er thut oder unterläßt, muß an und für sich erlaubt seyn*; und dann wird er auch nicht nöthig haben, über seine geheimen Absichten dabei Rechenschaft zu geben. Daß man auch in der gerechtesten Sache den Richter nicht bestechen dürfe, sagen die Gesetze ausdrücklich [10]). Daß dem Advocaten nicht erlaubt sey, vor Gericht zu lügen, gestehen selbst manche derjenigen, welche ihm in einer gerechten Sache sonst alles erlauben. Auch scheinen mehrere Stellen des Römischen Rechts anzudeuten, daß der Gebrauch der Lüge vor Gericht oder beim Regenten unerlaubt und strafbar sey [11]). Eben dadurch scheint nun schon jede andre, auf Unterdrückung der Wahrheit abzweckende, Handlung ausgeschlossen zu seyn. Ja, wer könnte im Ernst nur zu behaupten wagen, daß man eine gute Sache durch Falsa vertheidigen, z. B. gegen einen falschen Wechsel eine falsche Quitung hervorziehen dürfe? Selbst die *Sophismen* scheinen in diese Klasse zu gehören, oder was die Römer cavillationes, die Griechen σωρίτης nennen [12]). Schon *Alciati*

---

10) L. 2. §. 2. D. de cond. ob turpem vel injustam causam.

11) L. 29. D. ad legem Corn. de falsis. L. 2. 3. 5. C. si contra jus etc. cau. 16. XXV. qu. 2. *Leyser* sp. 615. med. 9. *Huber* Prael. ad Dig. lib. 3. tit. 1. *Brückner* de strateg. Adv. §. 5.

12) *L.* 177. *D. de Verb. Sign.* Natura cavillationis, quam Graeci

bemerkte [13]), indem er die Frage aufwarf, ob ein Advocat sich dieser Waffen (der Sophismen) bedienen dürfe: Gravi viro convenit nunquam uti [14]). Es ist indessen nicht bloß unziemlich, sondern geradezu unerlaubt. Auch falscher Anführungen (falsae allegationes) darf ein Advocat sich nicht schuldig machen; selbst wenn es aus Nachlässigkeit geschieht, verdient es Tadel [15]). Er darf fälschlich weder Gesetze, noch gerichtliche Schriften, noch Schriftsteller für sich anführen; noch ihre Aussprache verfälschen, entstellen, verstümmeln, sie gegen ihren wahren Sinn mißbrauchen. Durch ein entgegengesetztes Verfahren beleidigt er den Gegner, den Richter und den Schriftsteller [16]). Urkunden, wenn auch nicht selbst verfälschen, doch falsche für sich benutzen, ist ein zu gemeines Bubenstück, als daß nicht jeder die Schändlichkeit davon einsehen sollte [17]). — Durch den kleinsten Fehlgriff dieser Art (in absichtlich fal-

---

σωρίτην (id est acervalem syllogismum) appellaverunt, haec est, ut ab evidenter veris, per brevissimas mutationes, disputatio ad ea, quae evidenter falsa sunt, perducatur.

13) ad L. 177. D. de V. Sign.

14) S. auch *Ziegler* Rabulistica cap. 12. §. 12. sq.

15) *Leyser* de falsis, quae vulgus ignorat spec. 615. med. 12.

16) Wer die verschiedenen Arten kennen lernen will, wie Advocaten dagegen handeln, mag sich bei Leyser spec. 615. med. 13. darüber befragen. Koch gedenkt eines Advocaten, der in der Kunst falscher Anführungen eine ganz besondre Stärke erlangt hatte; in einem einzigen Proceß allein hatte er fünf verschiedene Dissertationen — erdichtet, sie ihren vollständigen Titeln nach angeführt, ja ganze Stellen daraus hingeschrieben, die gerade so lauteten, wie er wünschte, daß sie lauten möchten. *Koch* bonorum possessio etc. S. 503. folg. Ein älteres Beispiel bei Leyser (spec. 615. med. 13.) Ein Advocat hatte einen gewissen Rechtssatz aufgestellt und dann hinzugesetzt: prout copiose et eleganter ostendit *Scol.* obs. 307. Der Gegner begehrte zu wissen, was das für einer sey, erhielt aber keine andre Antwort, als: *esse eum virum celebrem magnaeque in foro auctoritatis.* Der Richter wird sich wahrscheinlich bei dieser Antwort nicht beruhigt haben.

17) *Leyser* spec. 615. med. 16.

schen Anführungen) ist die Ehre des Advocaten für immer verloren. —

Besonders müssen aber auch die Handlungen des Advocaten von der Art seyn, daß dadurch die Pflichten nicht übertreten werden, welche die Gesetze den Advocaten auflegen, z. B. den Gang des Processes nicht absichtlich aufzuhalten. Manche der Kriegslisten, die man für erlaubt hält, werden sich gerade auf Uebertretung dieser Pflicht wenigstens mit zurückführen lassen. Wenn z. B. der Advocat ein Rechtsmittel einwendet, um den Gegner glauben zu machen, er sey mit dem Urtheil nicht zufrieden, damit dieser sich dabei beruhigen möge, so ist dies doppelt, ja dreifach unerlaubt. Denn einmal ist es eine Art von Falsum, wenn man vorgiebt, ein Rechtsmittel anwenden zu wollen, da man doch nicht die Absicht hat, es anzuwenden; zweitens wird der Richter unnützerweise dadurch bemüht und jene Wohlthat gemißbraucht; drittens wird der Gang des Processes dadurch mit bösem Vorsatz aufgehalten. In diese Classe dürfte es auch gehören, wenn ein Advocat seine Sätze auf eine solche Art ausdrückt, daß der Richter dadurch genöthigt wird, entweder ihm beizustimmen, und, wie der Advocat begehrt, zu urtheilen, oder das harte Urtheil über sich ergehen zu lassen, womit der Advocat, um den Richter nach seinem Willen zu lenken, die entgegengesetzte Meinung im Voraus verurtheilt hat. Ob es erlaubt sey, dem Richter zu schmeicheln? Ein sparsamer Gebrauch von Schmeicheleien, als Ermunterung zur Tugend, kann wohl nicht gerade für unerlaubt gehalten werden. Sie müssen nur nicht über die wirkliche Meinung des Sprechenden hinausgehen. So darf man wohl Vertrauen zu der Gerechtigkeit des Richters aussprechen; man muß es dann aber auch wirklich haben. Durch Drohungen darf man seinen Zweck nicht zu erreichen

suchen, z. B. wenn man zu verstehen giebt, man werde sich an den Oberrichter wenden. Durch Drohungen verletzt man die Achtung, die dem Richter gebührt. Von nicht besserem Gehalt möchten wohl mehrere der im Lauf des Processes anzuwendenden Kriegslisten seyn. Ueberhaupt, mit Beobachtung jener Einschränkungen, zweifle ich sehr, ob im Lauf des Processes ein Advocat häufig Gelegenheit haben werde, ein Kunststück von seiner Art anzubringen. Was ihm von Kriegslisten anzubringen möglich wäre, wird nicht erlaubt, und was ihm erlaubt ist, nur selten eine echte Kriegslist seyn. Z. B. Ist es freilich der Klugheit gemäß, wenn man sich vergleichen will, den Zeitpunct nach einem günstigen Urtheil nicht vorübergehen zu lassen [18]), gleichwie der Feldherr am besten nach einer gewonnenen Schlacht Frieden schließt; indessen ein Strategema kann man dies nicht nennen [19]). Zu jedem echten Strategema gehört, daß ein andrer auf eine sinnreiche Art genöthigt wird, wider seinen und nach unserm Willen und Vortheil zu handeln [20]). Dies kann auch ohne Täuschung, gewöhnlich aber nur durch Täuschung desselben bewerkstelligt werden. Eine erlaubte Kriegslist war es zu nennen, welche in der, übrigens sehr artigen, Erzählung von der Susanna und dem Daniel, dieser anwandte, um jene vom Tode zu retten, — obgleich dazu in diesem Fall keine Täuschung nöthig war — als er nämlich, um der Wahrheit ihrer Aussage auf die Spur zu kommen, jeden der beiden Ankläger besonders fragte, unter was für einer Art von Baum die That

---

18) *Brückner* de strategem. Adv. §. 2.

19) Brückner a. a. O. rechnet es auch nur zu den Vorsichtsmaaßregeln.

20) Brückner definirt: Strategemata Advocatorum sunt callidae et argutae molitiones, eo tendentes, ut Advocati in negotiis juridicis potiantur fine suo. c. I. §. 3.

geschehen sey? Nur ward freilich bei der Verschiedenheit ihrer Aussage die Unschuld der Angeklagten eben so voreilig als ausgemacht angenommen, als zuerst ihre Schuld. Denn die Thatsache konnte sehr wohl wahr seyn, wenn auch die Ankläger einen Nebenumstand, auf den sie über den Anblick einer solchen That vielleicht nicht so genau geachtet hatten, verschieden angaben.

Daß ich es aber kurz sage und eine Regel aufstelle, die, an und für sich klar, alles erschöpft, was hier zu sagen seyn kann: Der Advocat wird wissentlich keine falsche Vorstellungen über die Thatsachen in dem Richter oder dem Gegner, auch nicht über Rechtssätze, zu erregen suchen und insofern nicht täuschen dürfen; er wird auch nicht die Pflichten übertreten dürfen, die einem Advocaten obliegen. Allein, auf der andern Seite wird er nicht nöthig haben, bei Handlungen oder Unterlassungen die an sich erlaubt oder gleichgültig sind, den Gegner über seine geheimen Absichten aufzuklären, obgleich er vorhersieht, ja begehrt, daß er mißverstanden werde und daß seinen Handlungen andre Absichten untergelegt werden; obgleich er die Handlung gerade in dieser Absicht unternimmt oder unterläßt und sich außerdem anders benommen haben würde. Wollte man das Gegentheil annehmen, so müßte es bei Gericht eine vollkommene Verbindlichkeit geben, alle seine Gedanken zu offenbaren. Man hat zwar eine vollkommene Verbindlichkeit zu sagen was man weiß, wenn es begehrt wird, nicht aber, was man im Schilde führt. Der Advocat darf freilich durch Unterdrückung der Wahrheit nicht täuschen, aber man kann nicht sagen, daß ihm, nach den bürgerlichen Gesetzen, jede Ueberlistung seines Gegners unerlaubt seyn sollte; man muß List nur nicht im bösen Sinne oder mit Betrug gleichbedeutend nehmen. Er darf seinem Gegner — so wollen wir

es lieber ausdrücken — einen Vortheil abzugewinnen suchen, wenn es nur mit guter Art geschieht. Kriegslisten, die sich hierauf beschränken, sind, den bürgerlichen Gesetzen zufolge, dem Advocaten erlaubt. Man kann bei Anwendung derselben, wenn sie mit Erfolg gekrönt werden, genau genommen, nicht einmal sagen, der Advocat habe den Gegner getäuscht, sondern er habe sich selbst getäuscht. Daß der Advocat, um Kriegslisten anwenden zu dürfen, seine Sache für gerecht halten müsse, ist etwas, was sich von selbst versteht; mit einer ungerechten darf er sich ja gar nicht befassen. Daß die Beschaffenheit der Sache hier aber besonders in Betrachtung kommen sollte, wenn dies die Meinung ist, ja diese Meinung würde auf Irrthum oder Unordnung der Gedanken beruhen. Denkt man sich unter Kriegslisten etwas an sich Unerlaubtes und glaubt dabei, die Gerechtigkeit der Sache könne die Fehlerhaftigkeit des Mittels bedecken, so ist das freilich ein Irrthum, man mag die Sache aus dem Standpunkt der Moral oder des bürgerlichen Rechts betrachten.

Was folgt nun hieraus? — Daß die Glossographen nicht so ganz Unrecht hatten. Ihre Lehre klingt zarten Ohren nur etwas rauh; wenn man sie so versteht, wie hier angegeben ist, sehe ich nicht, was dagegen zu erinnern seyn könnte. Ich behaupte indessen nicht, daß jene es so gemeint hätten; vielmehr deutet die Beschränkung auf gerechte Sachen, Unlauterkeit der Mittel an. Advocaten dürften also ihre Gegner hinter's Licht führen? Wenn durch das, was geschieht, die bürgerlichen Gesetze nur nicht verletzt werden, und besonders bei Gericht die Wahrheit nicht unterdrückt oder zu unterdrücken gesucht wird, überlassen jene das Moralische der Handlung hier, wie in andern Fällen, dem Gewissen des Handelnden.

Um wieder zu dem ersten Beweise für die Zuverlässigkeit

der Strategematum zurückzukehren, so wird im Kriege am Ende auch nicht mehr erlaubt seyn, als im Proceß. Auch der Krieg hat seine Gesetze und auch im Kriege kann man Strategemata licita und illicita unterscheiden. Treubruch und Lüge sind auch im Kriege nicht erlaubt [21]). Aber, wenn der Feldherr, nachdem er eine feste Stadt lange vergebens belagert hatte, plötzlich seine Geschütze abführen läßt, das Lager abbricht, mit dem Heer davon zieht, dann in der Nacht zurückkehrt, Leitern anlegt, die Wälle ersteigt, die Besatzung, welche in zu großer Sicherheit war, überwältigt, die Stadt erobert; kann man sagen, er habe unrecht gehandelt? Wer hieß der Besatzung, seiner Handlung jene Auslegung geben, und war der Feldherr schuldig, den Feind vor dem Angriff zu warnen? Durfte er überhaupt Krieg führen, so durfte er sich auch dieses Mittels bedienen. Und hierauf wird sich alles, was — sey es im Proceß, sey es im Kriege — erlaubt ist, zurückführen lassen, nämlich daß man bei Handlungen, die an sich erlaubt oder gleichgültig sind, nicht nöthig hat, den Feind, den man bekämpft, über seine geheime Absichten ins Klare zu setzen [22]). Nur bei Verträgen ist alle Täuschung selbst

---

21) Wenigstens folgt daraus, daß man seinen Zweck, wie durch Gewalt, also auch durch List zu erreichen suchen darf, nicht, daß man sich gegen den Feind der Lüge bedienen dürfe. In der Schlauheit liegt an sich nichts Unerlaubtes, wohl aber in der Lüge. Kann es aber zur Lüge gerechnet werden, wenn man dem Feinde die Wahrheit sagt, weil man vorhersieht, er werde, aus Mißtrauen in die Aufrichtigkeit des Redenden, das Gegentheil glauben — oder ist es erlaubt, durch Geberden die wahre Aussage verdächtig zu machen, und den andern dadurch zu verleiten, die wahre Aussage für falsch zu halten? Pufendorf erlaubt Beides (de jure nat. lib. 4. c. 1. §. 9.)

22) Ob das Verbreiten falscher Nachrichten erlaubt seyn könne, um den Feind zu täuschen, ist hiernach sehr zu bezweifeln. Man theilt sie indessen dem Feinde nicht mit, sondern einem Dritten, dem man nicht schaden will, und so kann wenig-

durch Verschweigen ausgeschlossen, und nur in Ansehung des Preises dürfen die Contrahenten bis auf die Hälfte sich übervortheilen [23]).

Es ist jedoch dem Advocaten der Gebrauch von Kriegslisten nicht deshalb erlaubt, weil der Krieg sie verstattet, sondern beide kommen darin überein, daß sie auf dieselbe Weise den Gebrauch der Strategematum verstatten [24]).

Schwer mag es freilich seyn, sehr schwer, sich hier immer und in allen Fällen auf der rechten Bahn zu halten. In der Hitze des Streits und angespornt von der Begierde, der gerechten Sache den Sieg zu verschaffen, wie leicht kann es dem Advocaten begegnen, daß er sich in den Mitteln vergreift, daß er in der Wahl derselben nicht allzu sorgfältig, Mittel, die er sonst nicht gebraucht haben würde, wenigstens dann nicht verschmäht, wenn er fürchtet, daß andre nicht zum Ziel führen, daß er z. B. Gründe anführt, an die er selbst nicht glaubt, wenn er besorgt, daß die wahren keinen Eingang finden oder allein nicht hinreichen werden, seiner Sache den Sieg

---

stens der Feind nicht sagen, daß ihm dadurch zu nahe geschehen sey. Indessen theilt man sie doch dem Dritten in der Absicht mit, dem Feinde zu schaden.

23) L. 16. §. penult. D. de minor.

24) Nur dieses nehme ich aus, daß dem Advocaten nicht erlaubt ist, auf keine Weise weder offenbar, noch versteckt vor Gericht wissentlich falsche Vorstellungen über Thatsachen zu erregen, wenn man es etwa dem Feldherrn für erlaubt halten möchte, auch nicht über Rechtssätze. Lüge und Fälschung sind auch in der gerechtesten Sache vor Gericht nimmer erlaubt. (*Covarruvias* variae resolut. lib. 1. tom. 1. cap. 2.) So bemerkt auch Holtermann (de nequitiis Adv.) §. 11. Peccat Advocatus, qui in bona causa cavillationibus et fallaciis utitur aut fraudulentis cautelis et mandaciis. Und §. 16. Nec judicem debet Advocatus falsis allegationibus et coloribus in suam protrahere sententiam. Und Leyser (spec. 615. med. 23.) Mendacibus et fraudibus in defendenda bona causa uti non licet.

zu verschaffen [25]). Und sollte es nicht selbst erlaubt seyn, ein kleines Unrecht zu begehen, um ein größeres zu verhüten?

Aber, abgesehen von dem, was geschehen ist, oder geschehen wird, begnügt sich die Theorie, das Muster aufzustellen und überläßt es dem Einzelnen, es zu erreichen zu suchen. Sie weis't selbst die Frage von sich ab, ob ihre Grundsätze ausführbar, oder die strenge Befolgung derselben nützlich seyn möchte; sie hat es nur mit demjenigen zu thun, was Recht ist und geschehen sollte. Sie duldet auch nicht das kleinste Unrecht, um der gerechtesten Sache den Sieg zu verschaffen; ein kleines Unrecht ist auch eins. Und giebt es überhaupt, wenn von Recht oder Unrecht die Rede ist, einen Unterschied zwischen mehr oder weniger? Dies verneinten die Stoiker, welche den Grundsatz aufstellten: Omnia peccata aequalia esse et recte facta [26]).

4.

Verhalten des Richters gegen die Advocaten.

Die Art, wie der Richter sich gegen die Advocaten zu verhalten, die allgemeinen Grundsätze, die er gegen sie zu be-

---

25) Für erlaubt hält dies Festing (de art. adv. cap. 3. th. 18.)

26) *Cic.* Paradox. III. (Ed. Bipont. vol. 12. p. 255. sq.) *Diogenes Laertius* L. VII. (Segm. 120. Ed. Amst.) Peccata omnia esse aequalia. Ut enim nec vero verius, nec falso quidquam magis falsum esse potest, sic neque fraus fraude, neque peccatum majus peccato est. Nam et qui certum stadiis et qui uno a Canopo abest, aeque uterque Canopi non est: sic etiam qui majus minusve peccat, aeque uterque a recte facto abest. Seine Satyre richtet dagegen *Horat.* L. 1. Sat. 3. v. 115. Daß die Theologen diesen Grundsatz hegten, wie Titius zu Pufendorf bemerkt, bezweifle ich, wenigstens was die neuern betrifft. Aber das Canonische Recht stellt ihn auf. cap. 9. X. de reg. juris.

folgen hat, sind in einem Staat, dem es um Gerechtigkeit und sorgfältige Rechtspflege zu thun ist, von großer Wichtigkeit. Soll er sie strenge, soll er sie mit Nachsicht behandeln?

Gegen schmähsüchtige und boshafte Advocaten können die Richter nicht strenge genug seyn; auch nachlässige verdienen keine Nachsicht; aber solche, die der Eifer für die gerechte Sache vielleicht zu weit führt, werden besser mit Schonung behandelt. Muth und Freimüthigkeit sind Zierden eines Advocaten, und wenn er in seinen Ausdrücken vielleicht etwas über die Schnur geht, geziemt es dem Richter, es nicht zu strenge zu nehmen, und ihn nicht durch Strafen einzuschüchtern. Die Richter müssen nicht gleich mit dem Schwerte drein schlagen, sondern den Advocaten, in Ansehung seiner Vorträge mit Nachsicht behandeln; und besonders auch, wenn es sie selbst betrifft, dies oder jenes gar nicht bemerken, oder, wenn das nicht angeht, es mit Gelindigkeit rügen. Dies bringt schon die Begünstigung der Vertheidigung und die Natur ihres Geschäfts, nämlich das Streiten, mit sich.

Denn, wo gestritten wird, sind die Leidenschaften aufgeregt, und das Gefühl des erlittenen oder zu erleidenden Unrechts läßt nicht zu, daß mit Gleichgültigkeit geschrieben und noch weniger gesprochen wird. Man kann dies von den streitenden Theilen nicht verlangen und nicht von ihren Sachwälden, die sich ihrer Clienten mit Eifer annehmen, und von der Gerechtigkeit ihrer Sache erwärmt seyn sollen. Die Worte müssen nur der Sache angemessen seyn. Großes erlittenes Unrecht kann nicht schonend eingekleidet und muß mit kräftigen und nachdrücklichen Worten geschildert werden. Man kann es den streitenden Theilen nicht verdenken, wenn sie ihre Stimmung, das lebhafte Gefühl des erlittenen Unrechts dem Richter mitzutheilen und in ihren Ausdrücken nicht hinter der

Wahrheit zurück zu bleiben suchen. Ja, wenn Jemand mit Kälte und Gleichgültigkeit schriebe, in Fällen, wo ihm schreiendes Unrecht widerfahren ist, würde er nicht seiner Sache dadurch schaden? Würde wohl der Richter nicht geneigt seyn, ein Unrecht geringer anzuschlagen, was denjenigen selbst, der es erlitten, so gleichgültig ließe, und was der Beleidigte mit so großem Kaltsinn vortrüge? — Eben so ist es mit den Advocaten, welche in die Seele ihrer Clienten sprechen und schreiben und kein Blatt vor den Mund nehmen sollen. Ueber schlechte und ungerechte Handlungen geziemt es ihnen nicht, mit Kälte und Gleichgültigkeit zu schreiben. Es kommen Fälle vor, wo es Verrath an der guten Sache ist, schonend, wo es Pflicht ist, scharf zu schreiben. Die Gleichgültigkeit des Sachführers würde sich auch dem Richter mittheilen. Es kommen andere Fälle vor, wo es schwer, ja unmöglich ist, sich des Zorns und heftiger Ausdrücke zu erwehren.

Nachsicht gegen die Advocaten, welche eine freie und kühne Sprache führen, dient zur Beförderung der Gerechtigkeit und ist Schutzwehr der Freiheit. Nachsicht gegen die Advocaten war auch die Maxime der Römer. Gegen die Advocaten, schreibt Ulpian [1]), gebührt es dem Proconsul nachsichtig, duldsam zu seyn. Circa advocatos patientem esse Proconsulem oportet; jedoch, setzt er hinzu, mit Verstande (cum ingenio) also, daß sie ihm nicht über den Kopf wachsen (ne contemptibilis videatur). Auch darf er nicht die Augen zudrücken gegen Advocaten, welche nur Processe anstiften oder aufkaufen (nec adeo dissimulare, si quos causarum concinnatores vel redemptores deprehendat etc.)

---

1) L. 9. §. 2. D. de officio proconsulis.

5.

Belohnung der Advocaten.

Die Kunst der Advocaten ist zum Erwerbzweig geworden, und der Ruhm der Vertheidigung Anderer vor Gericht wird durch die Vergeltung verdunkelt. Nicht so war es zu Anfange dort, wo die Kunst ihren Ursprung nahm. Bei den Römern, unter den Königen und zu den Zeiten der freien Republik, war die Vertheidigung vor Gericht eine Sache, der die Vornehmen sich ohne Vergeltung unterzogen. Die alten Redner begnügten sich mit dem Ruhm bei Mit- und Nachwelt [1]). Schon die Einrichtung des Romulus, welcher jeden aus dem Volk einem von ihm selbst gewählten Beschützer übergab, so daß der ganze Staat aus Schutzherren theils und theils aus Beschützten bestand; diese Einrichtung, welche der Advocatur, ja der Rechtsgelehrsamkeit bei den Römern die Entstehung gab, wie noch jetzt die Benennungen verrathen, brachte es mit sich, daß die Patronen verbunden waren, ihre Clienten, nämlich die eigenen, vor Gericht zu vertreten; und als dies Verhältniß veraltete, scheint nichts desto weniger die Sitte der freien Vertheidigung (consuetudo gratuiti patrocinii) fortgedauert zu haben. Es war ein Dienst, den man seinen Freunden erwies, ihre Sachen vor Gericht zu führen, und wer nach Volksgunst strebte, dem konnte diese Beschäftigung als Mittel dienen, sich Anhänger unter dem Volke zu verschaffen, oder sich den Weg zu Ehrenstellen zu bahnen. Cicero nennt es einen alten Gebrauch, die Sachen vieler unentgeldlich vor Gericht zu führen [2]). Er selbst soll indeß dieses alten Ge-

---

1) *Tacit.* Ann. lib. XI. cap. 5.

2) *lib.* 2. *de officis.* Diserti igitur hominis et facile laborantis, quodque in patriae est moribus

Gebrauchs und der Lex Cincia nicht immer eingedenk gewesen seyn, wenigstens ist seine gänzliche Enthaltsamkeit in allen dergleichen Fällen ein wenig verdächtig [3]).

Die Lex *Cincia,* deren ich eben erwähnte, verbot sogar, für die Führung von Rechtssachen eine Vergeltung anzunehmen. Im ersten Capitel hieß es: Ne quis ob causam orandam pecuniam munusve accipiat. Der Grund des Gesetzes ist nicht angegeben. Ohne Zweifel ward es für etwas Unsittliches gehalten, sich durch Geld für die Vertheidigung einer Sache dingen, oder für etwas bezahlen zu lassen, was man aus Liebe zur Gerechtigkeit hätte thun sollen. So singt Ovid (lib. 1. Amor. El. 10.):

> Turpe reos emta miseros defendere lingua
> Quod faciat magnas turpe tribunal opes.

Eine ähnliche Ansicht hegte Plinius [4]). Man sahe es für einen Mißbrauch der Beredsamkeit an, sie als Erwerbsquelle zu benutzen [5]). Vielleicht besorgte man auch, daß nachtheilige Folgen für die Gerechtigkeitspflege entstehen, Sachen, die sonst keinen Vertheidiger gefunden hätten, um des Geldes willen nicht unvertheidigt bleiben und die Processe sich mehren würden. Weshalb sonst verbieten, was man sich begnügen konnte, nicht in Schutz zu nehmen; weshalb dem Clienten verwehren, dankbar und freigebig zu seyn? Obwohl nun, wie aus einer Stelle des Dio Cassius erhellet [6]),

---

multorum causas et non gravate et gratuito defendentis; beneficia et patrocinia late patent. S. auch *Tacit.* Ann. lib. XI. cap. 5.

3) *Gellius* lib. 12. cap. 12. *Brummer* ad legem Cinciam cap. 7. §. 6. seq.

4) lib. 5. ep. 14.

5) *Quinctilian.* in prooemio Institut. orator. verbis: Nam ut primum lingua esse coepit in quaestu, institutumque eloquentiae bonis male uti, curam morum, qui diserti habebantur, reliquerunt.

6) *Dio Cass.* lib. 54. και τους ῥητορας etc.

Augustus dem Gesetz hinzufügte, was die Geber desselben vergessen oder nicht für nöthig gehalten hatten, nämlich es mit einer Strafe zu bewehren, der Strafe des vierfachen Ersatzes, scheint doch auch die Strafe ohne sonderlichen Einfluß geblieben, vielmehr das Gesetz dennoch heimlich oder offenbar übertreten und im Verlauf der Zeit in Vergessenheit gerathen zu seyn [7]). In der That läßt sich auch ein Verbot jener Art schwerlich weder rechtfertigen, noch ausführen, und setzt Leute, die mit Sorge dem Gericht sich nahen, am Ende der Gefahr aus, eines rechtlichen Beistandes entbehren zu müssen. Zu den Zeiten des Claudius nahmen die Advocaten nicht nur Geld von ihren Clienten, sondern auch — von deren Gegnern. Nec quidquam publicae mercis, erzählt Tacitus von jener Zeit, tam venale fuit, quam advocatorum perfidia [8]). Als die Sache im Römischen Senat zur Sprache kam, fand die Sitte der alten Redner warme Lobredner, und es war nahe daran, daß auf den Antrag des Consuls Silius durch ein Senatus Consultum beschlossen ward, die Lex Cincia solle wieder in Uebung gebracht, und es sollten die Ueber-

7) Wenn jener Deutsche Schriftsteller, welcher der Lex Cincia die Ehre erwies, die sich ihre Urheber wohl nicht träumen ließen, sie mit einem glänzenden Commentar zu begleiten, sogar den Satz aufstellt, größer sey stets die Zahl derjenigen, welche sich gegen die Gesetze vergehen, als derer, die sie befolgen — (*Brummer* ad legem Cinciam cap. 8. §. 1.); so scheint hier der Neigung, etwas Auffallendes zu sagen, die Wahrheit geopfert zu seyn, die doch des Schriftstellers höchstes Gesetz seyn soll. Wenigstens ist jener Satz, der, wenn man ihn genau erwägt, sogar etwas Ungereimtes in sich schließt, zu allgemein ausgedrückt, und kann etwa nur von einzelnen Gesetzen und zu einzelnen Zeiten gelten. Von guten Gesetzen, die nichts aussprechen, als was der Vernunft gemäß ist, und alle Verständigen wünschen müssen, die nichts sind, als was sie seyn sollen, eine communis sponsio omnium, gilt hoffentlich jener Satz nicht. Aber freilich, was die Lex Cincia betrifft, so ist allerdings zu glauben, daß sie mehr übertreten, als befolgt sey.

8) *Tacit.* Ann. lib. XI. cap. 5.

treter derselben nach der Lex Julia Repetundarum — also als solche, die sich bestechen lassen — bestraft werden; aber es erhoben andere, denen ein solches Gesetz wenig gelegen kam, ihre Stimmen dagegen und, wie sie nicht verwerfliche Gründe ihres Widerspruchs anzuführen wußten, fand ihre Meinung den Beifall des Claudius. Er begnügte sich, das Uebel, was nicht zu vertilgen war, geringer zu machen, indem er den Advocaten ein gewisses Maaß vorschrieb, was sie nicht überschreiten sollten. Bis zu der Summe von 10,000 Sestertien zu nehmen, war von jetzt an erlaubt; nur wer mehr nahm, sollte in die Strafe der Lex Julia Repetundarum verfallen seyn [9]). Diese Strafe ist unter einem andern Namen dieselbe, die ursprünglich schon Augustus den Uebertretern der Lex Cincia gedroht hatte [10]). Als Nero im Anfange seiner Herrschaft zuerst im Römischen Senat erschien, gutes Regiment zu führen, die Mißbräuche der vorigen Herrschaft abzustellen und das Ansehen des Senats aufrecht zu erhalten versprach, war es das Erste, was der Senat, diese Stimmung benutzend, beschloß: Ne quis ob causam orandam mercede aut donis emeretur [11]). Die Lex Cincia war also wieder hergestellt; indessen sie hat sich nicht erhalten. Die Erfahrung bewies abermals, wie vergeblich es sey, durch ein Gesetz erzwingen zu wollen, was den Sitten des Volkes nicht mehr gemäß war. Auch Trajan suchte vergebens, sich dem Uebel entgegen zu stemmen. Indem er zu verhüten suchte, daß die Advocaten sich schon zu Anfange des Processes eine Vergel-

---

9) *Tacit.* Ann. lib. XI. cap. 5.

10) *Brummer* ad legem Ciniam cap. 3. §. 12. cap. 4. §. 9.

11) *Tacit.* Ann. lib. XIII. c. 5. Eine widersprechende Nachricht des *Suetonius* (in vita Neronis c. 17.) soll auf Irrthum beruhen. *Bach* hist. jur. Rom. lib. 3. c. 1. §. 26. besonders *Brummer* ad leg. Cinc. c. 5. §. 2 et 3.

tung geben oder versprechen ließen, erlaubte er ihnen jedoch, nach Beendigung desselben eine solche anzunehmen [12]). Das neuere Römische Recht weiß nichts mehr von solchen Beschränkungen; vielmehr gilt die Regel: dem Advocaten gebührt für seine Bemühung eine Vergeltung, auch wenn sie ihm nicht versprochen ist, selbst wenn der Proceß, jedoch ohne seine Schuld, verloren ging; ja in diesem Fall ist ihm, nach der Philosophie der Advocaten bei Martial, eine Vergeltung doppelt nöthig; er bedarf ihrer als eines Schmerzengeldes, damit er über den Verlust der Sache getröstet und für den Schimpf der Niederlage entschädigt werde [13]). Der Richter setzt sie fest — wer wäre auch näher dazu; er kennt die Arbeit und kann sie als Kunstverständiger schätzen — und richtet sich dabei nach der Wichtigkeit der Sache und der Beredsamkeit der Advocaten [14]); — auf das letztere Moment wird aber aus guten Gründen jetzt keine Rücksicht mehr genommen; — sie darf nur nach dem Gesetz des Claudius (dem Senatus-Consulto Claudiano, und, wenn man es mit Brummer [15]) lieber ein Edictum Claudianum nennen will, will ich darüber nicht streiten; obgleich mir die Richtigkeit seiner Bemerkung nicht einleuchten will und die eine Benennung am Ende so unrichtig seyn mag, wie die andere, wenn man es genau nehmen will) nicht die Summe von 10,000 Sestertien oder

12) *Plin.* ep. lib. 5. ep. 21.

13) *Martial.* lib. 8. epigr. 17.
Egi Sexte tuam pactus duo millia causam.
Misisti nummos, quot mihi? Mille. Quid est?
Narrasti nihil, inquis, et a te perdita causa est.
Tanto plus debes, Sexte, *quod erubui.*

14) L. 1. §. 10. D. de extraord. cogn.

15) *Brummer* ad legem Cinciam cap. 4. §. 12. Neque enim Senatus tum de corrigenda Lege Cincia, sed de reducenda, consuluit, qui quidem a Claudio per Edictum hoc impeditus est.

100 aureos überschreiten. Das Ueberschreiten zieht jedoch nicht mehr die Strafe der Lex Julia Repetundarum, sondern eine Strafe nach sich, welche für andere Vergehungen mehr, als für diese, auch unsern Advocaten, und, zu ihrem Unheil, auch den Richtern nicht ganz unbekannt ist, nämlich die Untersagung der Advocatur für immer oder ad tempus [16]) — eine Strafe, die sich beiläufig nicht über den Sprengel des strafenden Richters erstreckt [17]). —

Unsere Advocaten haben sich über diesen Punct zu Mustern genommen die Redner nicht der alten, sondern der neuen Zeit; wiewohl sie, die Wahrheit zu sagen, von beiden, nicht bloß durch die Zeit, verschieden sind. Die Lex Cincia wollte nicht, wie scherzend Pasquier, ein Pariser Advocat, sagte, daß die Advocaten Hände haben sollten; was aber wären die unsrigen ohne Hände, sie, welche mehr mit der Feder, als mit der Zunge streiten. Der Aufmunterungsmittel, welche jene genossen, entbehren sie. Ihre Reden verhallen in den Gerichtsstuben; wenige hören sie, Niemand klatscht ihnen Beifall zu, wie wohl bei den Römern unter den Kaisern geschah [18]); was sie schreiben lieset Niemand, als, vielleicht mit Widerwillen, der Richter oder wer sonst dazu genöthigt ist; von Volksgunst und Ehrenstellen, als Belohnung gerichtlicher Beredsamkeit, ist gar nicht die Rede mehr. Sich der Vertheidigung Anderer ohne Vergeltung zu widmen, erlaubt wenigen ihre Lage, und die, welche auf den Erwerb nicht sehen dürfen, haben nicht die Fähigkeit dazu. Die Kunst will erlernt seyn, und wer sich

16) L. I. §. 13. D. de off. Praef. urb. L. 6. in fine D. de postulando. L. 6. §. ult. D. mandati. L. 9. D. de poenis. L. I. C. de postul. *Plin.* lib. 5. ep. 14. Interdictio fori war davon verschieden und bedeutete noch mehr. *Brummer* l. c. cap. 6. §. 17.

17) L. 9. §. 2. D. de poenis. *Leyser* Sp. 547. med. 14.

18) *Plin.* II. ep. 14. VI. 2. Adam Röm. Alterthümer I. S. 447.

darauf legt, muß sich anderer Erwerbszweige entschlagen. Kurz, man kann bei der jetzigen Lage der Dinge den Advocaten nicht zumuthen, daß sie sich für Andere umsonst bemühen, was Andere für sie nicht thun. Ihnen den Lohn nehmen und die Lex Cincia erneuern, hieße den streitenden Theilen die Wohlthat eines rechtlichen Beistandes entziehen und die Streitsucht ermuntern. Unsere Advocaten sagen also: ein Arbeiter sey seines Lohnes werth; sie verschmähen eine Vergeltung nicht, ja sie rechnen darauf und leben mit Frau und Kindern davon — ohne daß man ihnen bei allem dem den Vorwurf machen könnte, als mißbrauchten sie ihre Beredsamkeit. Geht aber der Proceß verloren, übereilt sich der Client vielleicht nicht mit der Bezahlung. Denn ein dreifaches Gesicht zeigt, wie die Alten sagten, fast schäme ich mich, es zu wiederholen, gleichwie der Arzt dem Kranken, also der Advocat dem Clienten. Zur Zeit der Noth erscheint er ihm als ein Engel, zur andern Zeit als ein gewöhnlicher Mensch und, wenn der Proceß beendigt oder die Krankheit überstanden, wenn es also Zeit ist, zu zahlen, als — böser Geist. Aber das thun doch nur, wie Lauterbach bemerkt, Undankbare [19]). Dankbare Clienten begnügen sich nicht, dem Advocaten die Rechnung zu bezahlen, sondern sie thun noch wohl ein Uebriges. Sie hängen zwar nicht, nach der Sitte der Römer, einen Kranz von frischen Palmenzweigen an die Thüre des siegreichen Anwalts [20]); aber sie geben ihm doch vielleicht eine außerordentliche Belohnung, also ein Palmarium, was, den Gesetzen zufolge, Advocaten zwar nicht im Voraus sich versprechen lassen, wohl aber nach beendigter Sache annehmen dürfen. So lange aber der

---

19) *Lauterbach* de palmario Advoc. cap. 3. th. 9.

20) *Juvenal.* VII. 118.

Proceß noch unentschieden schwebt, pflegen vorsichtige Clienten, damit ihr Eifer nicht erkalte, sie von Zeit zu Zeit durch kleine Geschenke zu spornen. Die Furcht, den Proceß zu verlieren, macht selbst solche freigebig, die das Ihrige sonst nicht wegzuwerfen pflegen. Es scheint, daß sie den Glauben hegen, als bedürfe es solcher kleinen Reizmittel bei Leuten, die von Führung der Processe ein Gewerbe machen, und die, ihres Unterhaltes wegen, mit einer Menge von Geschäften beladen, ihre Sorgen und ihren Eifer unter so viele zu theilen genöthigt, oder durch Gewohnheit abgestumpft sind! Daß Advocaten durch Geschenke ermuntert werden, dieser Gebrauch ist auch nicht von heute; Plinius d. J., bekanntlich selbst ein gerichtlicher Redner, thut sich etwas darauf zu gute, daß er dergleichen ausschlug [21]).

Nun möchten unsere Advocaten immerhin einen Lohn nehmen, wenn sie nur den Armen umsonst dienen und die Vermögenden nicht übersetzen.

Boni pastoris est, tondere, sed non deglubere oves.

Aber schlechte Advocaten schonen der Armen nicht und machen die Reichen zu Armen; sie fordern für schlechte Arbeit großen Lohn und haben nicht die Gerechtigkeit, sondern immer nur ihren Erwerb vor Augen. Sachen, welche Fleiß und Anstrengung erfordern, wobei wohl Ruhm, aber wenig Geld zu erwerben, verschmähen sie und ziehen diejenigen vor, die etwas einbringen, weshalb sie sich auch am liebsten mit außergerichtlichen, mit Geld- und andern Sachen beschäftigen, die zu ihrem Fache eigentlich gar nicht gehören und sie aus Gelehrten zu Mäklern machen. Sie versäumen und verwirren die

21) Quam me juvat, quod in causis agendis non modo pactione, dono, munere, verum etiam *xeniis* semper abstinui. *Plinius* lib. 5. ep. 14.

Geschäfte, lassen sie Jahrlang liegen, und was in ihre Hände gerathen, müssen die armen Clienten, die so unglücklich waren, in ihre Hände zu fallen, ihnen durch neue Processe zu entwinden suchen und am Ende noch froh seyn, wenn nach vielen Abzügen etwas übrig bleibt, was aus dem Schiffbruch gerettet wird. Was ihnen, indem sie durch die Schule liefen, an Kenntnissen kleben geblieben, wenden sie auf eine verkehrte Weise am unrechten Orte oder zur Unzeit an, oder benutzen es, um Schaden zu stiften, und manche sind überhaupt nur zu Hause, wenn von Ränken die Rede ist. Einzelnen also kann man viel Böses nachsagen, doch ganz schlechte sind, wie ganz gute, selten und werden es vielleicht täglich mehr; die meisten sind zwischen beiden.

6.

Belohnung des Advocaten in der eigenen Sache.

Ob der Advocat in seiner eigenen Sache dem besiegten und in die Kosten verurtheilten Gegner, außer den Auslagen, auch den Ehrensold (das honorarium) in Rechnung bringen könne, über diese Frage hegen die Rechtsgelehrten bekanntlich nicht alle einerlei Meinung [1]). Ich halte die bejahende Meinung für die richtige, wiewohl aus andern Gründen, als die von andern dafür angeführt zu werden pflegen. Man sagt nämlich, der Advocat hätte die Zeit, welche er auf die eigene Rechtssache verwandte, auf fremde verwenden, und dadurch

1) Verneint wird sie von Gail (lib. I. obs. 151.) Wernher (P. 6. obs. 279.) bejaht von Struben (rechtliche Bedenken, Theil 2. Bed. 31.) *Voet* (Com. ad Dig. lib. 3. tit. 1. §. 7.) Quistorp (Beiträge zur Erläuterung verschiedener Rechtsmat. Nr. 6.) Danz (Grundsätze des ord. Proc. §. 44. S. 129.)

einen Erwerb machen können, der ihm jetzt entgangen ist; es würde auch sonst die poena temere litigantis zum Theil hinwegfallen. Allein, diese Gründe, namentlich der erstere, scheinen mehr nur aus der Billigkeit entlehnt zu seyn. Nicht für einen Erwerb, den der Advocat hätte machen können, sondern den er wahrscheinlich gemacht haben würde, kann er nach Rechtsgrundsätzen Entschädigung fordern. Der Advocat müßte also erst zeigen, daß er andere Sachen deshalb von der Hand gewiesen, was sie so leicht nicht zu thun pflegen, wenn sie sonst nur einträglich sind, oder, daß er die Zeit, welche er auf die eigene Sache verwendete, fremden entzogen habe; welches denn auch einige Rechtsgelehrte, welche die Frage bejahen, zur Bedingung machen, sich jedoch, statt des Beweises, mit der eidlichen Versicherung des Advocaten begnügen lassen.

Der Fall, wo ein Advocat seine eigene Sache geführt, ist von demjenigen, da er eine fremde vertheidigt, in Hinsicht auf die Belohnung für seine Arbeit, sehr verschieden. Im letztern Falle fordert er seine Belohnung von dem Clienten, der ihm die Führung seiner Sache aufgetragen, für den er thätig gewesen, vermöge des Vertragsverhältnisses, worin er mit ihm steht, und dieser fordert das Gegebene von dem Gegner eben so gut, als seine Auslagen, wieder, weil er das Eine, wie das Andere, um seinetwillen, durch seine Schuld, aufzuwenden genöthigt gewesen. Hat er aber seine eigene Sache geführt, so hat er einen Aufwand dieser Art nicht gemacht; er kann ihn also als Ersatz für einen Schaden, den er an seinem Vermögen erlitten hat, von seinem Gegner nicht vergütet verlangen. Eben so wenig kann er Ersatz dafür begehren, weil ihm dadurch, daß er sich nebenher mit dieser seiner eigenen Sache beschäftigt habe, ein Erwerb entgangen sey, wenn dies nicht etwa wirklich geschehen ist.

Der Grund, weshalb der Advocat auch in der eigenen Sache den Ehrensold in Rechnung bringen kann, besteht, wie ich glaube, kurz und einfach darin, der Advocat, welcher von Ausübung seiner Kunst ein Gewerbe macht, dem der Staat dafür eine Vergeltung zugesteht, auch wenn sie ihm nicht versprochen ist, dieser Advocat hat nicht nöthig, seine Arbeit auf diese Sache, weil sie seine eigene ist, umsonst zu verwenden. Er vereinigt hier, kann man sagen, zwei Personen in sich; er ist *einmal* streitender Theil; *zweitens* Advocat, nämlich sein eigener. Er hätte die Sache, wie manche in solchen Fällen wirklich thun, einem andern Advocaten übergeben können; statt aber die Sache einem andern anzuvertrauen, führt er sie selbst, und ihm selbst gebührt auch die Belohnung, die außerdem der fremde Advocat gefordert haben und also dem besiegten Gegner immer zur Last gefallen seyn würde. Die Belohnung seiner Bemühung fordert er als streitender Theil für den Advocaten, von dem Gegner, der ihn zwar nicht angenommen, ihn auch nicht beschädigt, der ihm aber diese Mühe verursacht, ihn in diese zu seinem Gewerbe gehörige Thätigkeit gesetzt hat.

7.

Vom Irrthum der Advocaten.

Lesung der Gesetze und Nachdenken über diese Materie belehren mich, daß unserm *Weber* die Lehre vom Irrthum der Advocaten mißlungen sey. Indem ich ihn berichtigen will, glaube ich zugleich, einen nicht unwillkommenen Beitrag zu dieser Lehre zu liefern. Die ganze Sache ist sehr einfach und es bedarf darüber nur weniger Worte.

Zuerst kommt es darauf an, einen kleinen Satz zu

beachten und ihn festzuhalten, der zwar ganz von selbst sich zu verstehen scheint, der aber, wenn man ihn geringe schätzt, sich auf der Stelle dafür rächen würde. Wenigstens schreckt mich Webers Beispiel.

Der Satz lautet so: Man muß unterscheiden Irrthum des Clienten und Irrthum des Advocaten, und die Grundsätze, die von jenem gelten, darf man nicht auf diesen übertragen. Irrt der Client, so darf er seinen Irrthum bis dahin, daß der Streit beendigt ist, widerrufen; muß aber das Gegentheil des aus Irrthum eingeräumten Umstandes beweisen. Irrt hingegen der Advocat, so ist deshalb noch nicht der Client im Irrthum befangen. Er kennt vielmehr, wenn vom bloßen Irrthum des Advocaten die Rede ist, das wahre Verhältniß der Sache; nur der Advocat hat eine falsche Vorstellung davon, weil er den Clienten mißverstand, oder dieser ihn nicht hinlänglich belehrte, und diese falsche Vorstellung trägt er, statt der wahren, dem Gericht vor. Alles kommt nun darauf an, ob dies (Vortragen eines falschen Satzes) geschieht

1) mit Wissen des Clienten, oder

2) ohne das.

Dies vorangeschickt, hören wir jetzt, was Weber vom Irrthum der Advocaten lehrt. Er unterscheidet zwei Fragen: Erstlich, ob überhaupt die Zurücknahme eines factischen (vom Advocaten begangenen) Irrthums Statt finde? Zweitens, mit welchem Erfolg der Widerruf des Irrthums geschehen könne? Die erste Frage beantwortet er nach denselben Grundsätzen, die vom Widerruf des Irrthums überhaupt gelten. Er bejaht sie. Bis eine rechtskräftige Entscheidung erfolgt sey, stehe der Widerruf dem Clienten an sich immer frei. — Als ob es einerlei wäre, ob der Client den Irrthum begeht, oder

bloß von einem Irrthum des Advocaten, an dem der Client keinen Theil nimmt, die Rede ist. — Die zweite Frage betreffend, fährt er fort, wird man unstreitig den Grundsatz als Regel gelten lassen müssen: Was der Advocat mündlich in Gegenwart seiner Partei, oder was er schriftlich in Aufsätzen, die dieser bekannt waren, vorträgt, ist eben so anzusehen, und hat daher gleichen Erfolg, als wenn es die Partei selbst vorgebracht hätte. Hieraus würde also folgen (?) daß der Client zwar berechtigt sey, die ihm nachtheilige Behauptung bis zur eingetretenen Rechtskraft zurückzunehmen, daß er sich aber damit zugleich die Verbindlichkeit auflege, das Gegentheil des sonst als wahr anzunehmenden Satzes zu beweisen. — Schon diese Folgerung beweiset, daß Weber den Irrthum des Clienten vom Irrthum des Advocaten nicht gehörig unterscheidet, indem er beide pari passu gehen läßt. — Die Gesetze üben jedoch, fährt Weber fort, billige Nachsicht gegen den Clienten, indem sie ihm gestatten, die Behauptung des Advocaten, worauf er vielleicht nicht so genau geachtet hat, oder der ihn, den er vielleicht mißverstanden, binnen dreien Tagen zu widerrufen, mit der Wirkung, als sey eine solche Behauptung gar nicht vorgebracht. Was also vor Ablauf von dreien Tagen widerrufen werde, sey als nicht gesagt zu betrachten. Nach Ablauf von dreien Tagen finde zwar auch ein Widerruf des aus Irrthum zugestandenen Satzes Statt, der Client müsse dann aber das Gegentheil beweisen. Beides, meint Weber, folge aus jener Zeitbestimmung von selbst, da das eigene Geständniß, wie viel mehr also das vom Advocaten abgelegte, wenn man das Gegentheil darthun wolle, nicht bloß binnen dreien Tagen, sondern immer noch, selbst in den folgenden Instanzen, bis zur rechtskräftigen Entscheidung der Sache widerrufen werden

könne. Nirgends sey dem dreitägigen Zeitraum die Wirkung beigelegt, daß nach dessen Ablauf der Client, während der Dauer des Processes, gegen die Behauptung seines Sachwalts gar nicht weiter gehört werden solle. Wenn nun aber der Irrthum nicht mündlich, in Gegenwart der Parthei, sondern schriftlich begangen sey, so seyen hier diese Grundsätze gleichfalls anwendbar. Der abwesende Client verdiene sogar noch mehr Nachsicht, als der gegenwärtige; ihm müsse daher jenes triduum gleichfalls zu gute kommen, und es sey von dem Tage an zu berechnen, da er von dem Inhalt der Schrift Kenntniß erlangt habe. Lasse er das triduum ungenutzt verstreichen, so stehe ihm bis zur Beendigung der Sache frei, den Beweis des Gegentheils, der ihm in diesem Falle obliege, zu führen. So weit Weber.

Seine Lehre ist in dem Buch, worin sie sich findet, nach meinem Urtheil, ein kleiner Flecken. Die Meinung des Römischen Rechts geht bloß dahin: Was ein Advocat mündlich in Gegenwart des Clienten gesteht, kann zwar widerrufen werden; der Widerruf findet aber nicht zu jeder Zeit Statt. Das Römische Recht in seiner ursprünglichen Reinheit und Einfachheit erfordert, daß er auf der Stelle geschehe. Tribonian schob ein *Triduum* ein. Das Einschiebsel stimmt zu dem *palam ex continenti* nicht, und fehlt in den Basiliken [1]. Ein Irrthum, den der Client auf der Stelle und jetzt auch der, den er intra Triduum widerruft, ist natürlich als gar nicht begangen zu betrachten. Es ist eben so, als hätte der Client selbst den Vortrag gehalten, und was er gesagt, sogleich wieder verbessert. Die Stelle lautet so: *L. 3. C. de errore advocatorum vel libellos seu preces concipientium.* Sen-

---

1) *Leyser* Spec. 48. med. 8.

tentiis finita negotia, rescriptis revocari non oportet. Nec enim, quae constituta sunt, id est, *ut advocatorum error litigatoribus non noceat*, tibi etiam opitulari possunt: cum te praesente, neque causae palam ex continenti, id est intra triduum proximum contradixisse, neque post sententiam appellationis remedio (si tibi haec displicebant) usam esse proponas. Späterhin, post triduum, findet Widerruf gar nicht weiter Statt. Begeht nämlich der Advocat den Irrthum in Gegenwart der Partei, so ist es ihre Pflicht, den Irrthum auf der Stelle zu verbessern; unterläßt sie dies, so genehmigt sie den unrichtigen Vortrag, und es ist keine unbillige Strenge, vielmehr ganz passend, wenn sie zum Beweise des Gegentheils gar nicht zugelassen wird. Indem sie schweigt, trägt sie durch den Advocaten wissentlich einen falschen Satz vor. Es findet hier die Regel Anwendung, welche an der Spitze des hieher gehörigen Titels des Codex steht [2]). Ea, quae advocati praesentibus his, quorum causae aguntur, allegant, perinde habenda sunt, ac si ab ipsis dominis litium proferantur. Unsre Rechtsgelehrten drücken diese Regel kurz so aus: *Factum advocati est factum partis.* Ein Schluß a majori ad minus, wie Weber ihn machte — ein Client kann seinen eigenen Irrthum widerrufen, folglich auch den Irrthum des Advocaten — gilt hier gar nicht. Hier ist kein majus und kein minus, sondern es ist von ganz verschiedenen Dingen die Rede, den Irrthum begeht hier bloß der Advocat; der Client, welcher von der Wahrheit unterrichtet, schweigt, ist gar nicht im Irrthum und kann keinen widerrufen.

---

2) L. I. C. de errore advocatorum vel libellos seu preces concipientium.

Ist der Irrthum in einer Schrift begangen und der Client hat sie vor der Einreichung gelesen, so muß dasselbe gelten, was vom Irrthum des Advocaten, welcher in Gegenwart des Clienten begangen wird, gesagt ist; ja der Strenge nach kann ihm jenes Triduum gar nicht zu gute kommen.

Hat im entgegengesetzten Fall der Client die Schrift vor der Einreichung nicht gelesen, dann findet Widerruf allerdings Statt; — allein der Client muß das Gegentheil des von seinem Advocaten zugestandenen Satzes beweisen. Dies ist das Einzige in der Römischen Gesetzgebung über diesen Punct, was ich nicht begreifen und nicht loben kann. Die Natur der Sache spricht durchaus dafür, daß ein Irrthum, welcher in einer vom Clienten nicht gelesenen Schrift begangen ward, von ihm zu jeder Zeit berichtigt werden könne, ohne daß er nöthig hat, das Gegentheil zu beweisen. Ohne besondere gesetzliche Bestimmung kann auch dem Widerruf, in Hinsicht auf die Zeit, kein Ziel gesteckt werden. Der Auftrag, welchen der Client dem Advocaten gab, kann ja nie dahin gegangen seyn, einen Irrthum, d. h. ein Mißverständniß zwischen dem Clienten und dem Advocaten vorzutragen. Jeder Vortrag eines Irrthums ist praeter mandatum, ist Ueberschreitung des Auftrages. Zwar vermeint Struben [3]), jeder Client sey verbunden, eine Schrift, die in seinem Namen abgefaßt ist, zu lesen oder sich vorlesen zu lassen, ehe sie dem Gericht übergeben wird. Indessen, die bloße Möglichkeit eines Mißverständnisses kann eine solche Verbindlichkeit nicht hervorbringen, die überhaupt ohne besondere gesetzliche Bestimmung sich nicht rechtfertigen läßt und an deren Verabsäumung ohne Gesetz keine bestimmte nachtheilige Folgen zu knüpfen

---

3) rechtl. Bedenken Thl. 1. Bed. 136.

sind. Ich bleibe also dabei, daß dem Clienten die Verbesserung eines ohne sein Wissen vom Advocaten begangenen Irrthums zu jeder Zeit freistehen würde, — wenn nicht im Römischen Recht sehr bestimmt das Gegentheil verordnet wäre.

L. 2. C. eod. Errores eorum, qui desideria id est preces scribunt, veritati praejudicium afferre non posse, manifestum est. Et ideo, si condemnationem, cujus mentionem libello insertam esse proponis, manifeste probare potes non intercessisse: allegationes tuas laedi non oportere, is, qui super negotio disceptaturus est, non ignorabit.

Es ist noch ein Fall übrig, der ganz und gar nicht außer Acht zu lassen ist, da er gerade der gewöhnliche seyn wird. Hauptsächlich kann er nur vorkommen, wenn der Advocat den Irrthum mündlich vor Gericht, in Gegenwart des Clienten, begeht. Ich meine den Fall, da der Client den Advocaten, indem er den Irrthum vorträgt, mißversteht. — Man verwechsele nicht dies doppelte Mißverständniß mit dem bloßen Irrthum des Advocaten, wovon vorher die Rede war. Erst hat der Advocat den Clienten mißverstanden. Dies Mißverständniß veranlaßt den Advocaten, einen falschen Satz vorzutragen. Indem er ihn vorträgt, hindert ein zweites Mißverständniß, nämlich Mißverständniß des Clienten, daß er den falschen Satz berichtigt, wie er gethan haben würde, hätte er seinen Redner und Fürsprecher recht verstanden. — Diesen Fall scheint die Römische Gesetzgebung ganz außer Acht gelassen zu haben. Wenigstens, glaube ich, sind die Römischen Gesetze auf diesen Fall nicht anwendbar. Vielmehr, wenn eine Partei beweisen oder glaublich machen kann, daß sie ihren Advocaten, als er den Vortrag hielte, nicht recht verstanden habe, sey es, weil er sich ihr unverständlich ausdrückte, oder

aus andern Gründen, etwa, weil sie in der Aufmerksamkeit auf seinen Vortrag gestört ward durch ein Geräusch, z. B. auf der Straße, Anwandlung von Uebelbefinden, Gemüthsbewegung u. s. w., dann, glaube ich, hat sie nicht nöthig, das Geständniß des Advocaten gegen sich gelten zu lassen; sie kann es zu jeder Zeit berichtigen, ohne nöthig zu haben, das Gegentheil zu beweisen. Was sie, obwohl anwesend, nicht hörte oder nicht verstand, ist in der That ohne ihr Wissen und ohne ihren Willen vorgetragen. Man kann ihr nicht zum Vorwurf machen, daß sie wissentlich einen falschen Satz vortrug. Das Gegentheil ist hart und ungerecht. Wenn der Advocat seinen Vortrag hält, und sein Client ist etwa ein armer Bauersmann oder überhaupt einer, der nicht fähig ist, einem Vortrage zu folgen, zumal, wenn dieser mit lateinischen Redensarten und Ausdrücken der Schule durchwebt, durch die Langsamkeit des Schreibers recht gedehnt und lange ausgehalten zu Protocoll niedergeschrieben wird, so daß beim Schluß der Periode der Anfang derselben schon in Vergessenheit gerathen ist — wie leicht kann es da nicht geschehen, daß Dinge zu Protocoll kommen, die sich nie zugetragen haben, ohne daß der Client, wenn er auch dreist genug dazu wäre, es rügen kann, weil er keine Ahnung davon hat. Wie oft macht man nicht die Erfahrung, daß solche Leute Dinge hören, die von dem, was gesagt wird, so himmelweit verschieden sind, daß man kaum begreift, wie ein Mißverständniß *dieser Art nur möglich* war. Das Vorlesen des Protocolls könnte freilich zur Aufklärung des Mißverständnisses die Gelegenheit darbieten; indeß ähnliche Ursachen, wie sie ein Mißverstehen bewirken, dienen leicht dazu, es zu unterhalten. Leute, die im Denken nicht geübt sind, oder unfähig, einem zusammenhängenden Vortrage zu folgen, verstehen oft, was man ihnen vorlieset, ganz falsch. Man muß

die Sätze schon sehr kurz und bestimmt abfassen, wenn man sicher seyn will, daß sie den Vortrag verstehen. Im Grunde thut es Noth, bei jedem einzelnen Satz besonders zu fragen, ob sie ihn richtig verstanden haben, und bei Sätzen von Wichtigkeit ist das eine nicht genug zu empfehlende Vorsichtsmaßregel. Das Triduum macht dann den armen Clienten auch nicht klüger, sondern was er auf der Stelle nicht verstand, wird er auch nach Ablauf der 3 Tage erst auf besondere Veranlassung verstehen lernen.

Ich behaupte bei allem dem nicht, daß jeder Behauptung eines Mißverständnisses zu trauen sey, vielmehr werden die Umstände es sehr wahrscheinlich machen, auch wird der Client die Wahrheit seiner Behauptung mit einem Eide bestärken müssen. Ist aber an dem Mißverständnisse selbst nicht zu zweifeln, dann, wie gesagt, muß dem Clienten zu jeder Zeit freistehen, das Geständniß zu widerrufen, was er gar nicht ablegte und gar nicht ablegen wollte, indem es ihm am animus confitendi gebrach, ohne daß er nöthig hat, sich mit der Last des Gegenbeweises zu bebürden.

VII.

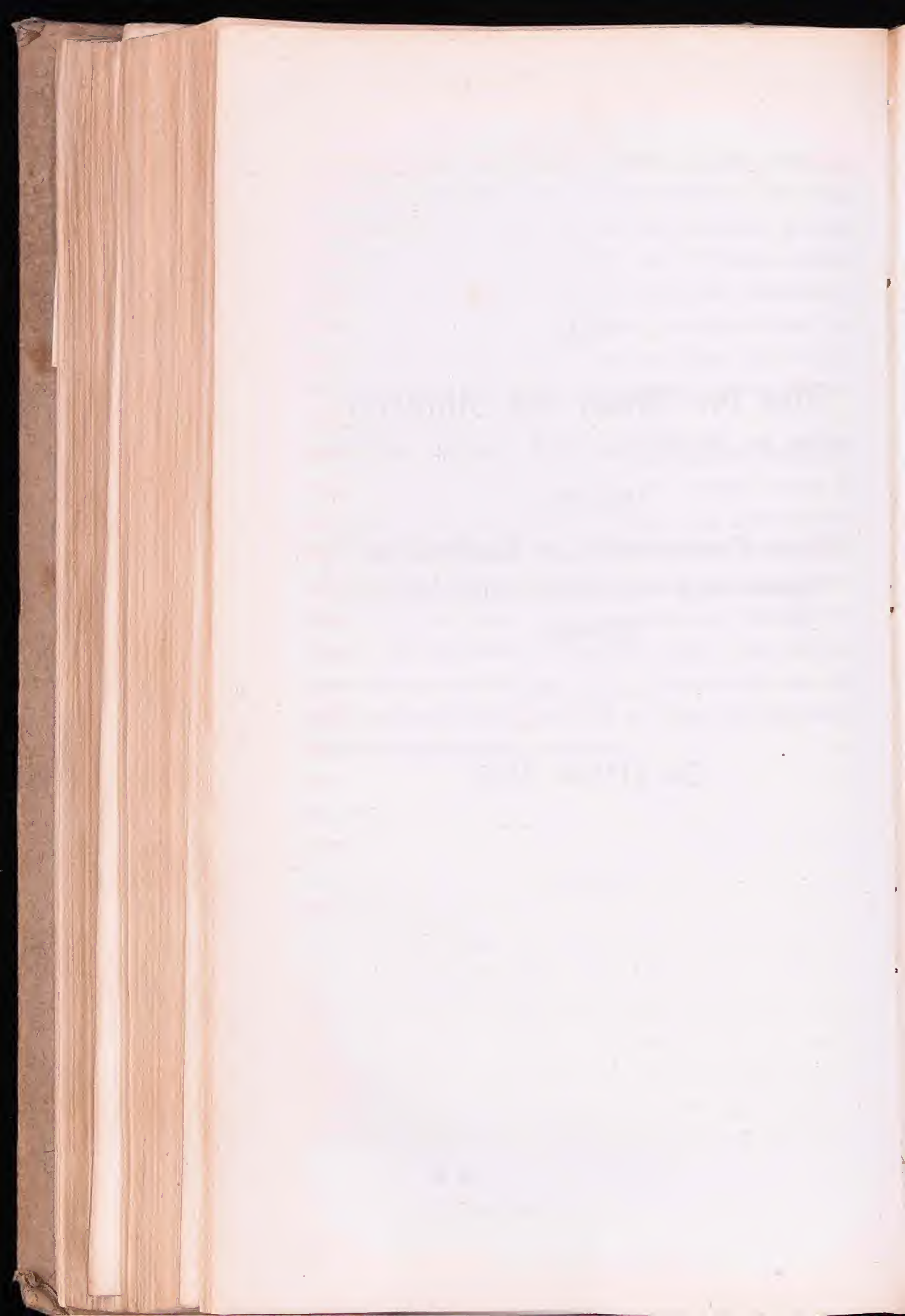
Von der Macht des Richters,

welcher die Aussprüche eines andern vollzieht;

imgleichen

über die Verbindlichkeit zur Vollstreckung, besonders auch auf Seiten eines fremden Staats.

Im Februar 1827.



Hat ein Richter ein Urtheil gesprochen und ist es rechtskräftig geworden, so gilt es, wie die Rechtsgelehrten sagen, einem Gesetz gleich, durch die ganze gesittete Welt; — wie viel mehr im Lande des Richters, der es gesprochen hat. Es kann nun vollzogen werden und zwar durch denselben Richter, der das Urtheil gesprochen hat, wenn ihm der Besiegte für seine Person unterworfen ist, oder die Güter, die dem Besiegten abgezwungen werden sollen, in seinem Gerichtssprengel belegen sind. Der Richter, der das Urtheil gesprochen hat, vollzieht es, wenn er die Macht dazu hat, entweder selbst oder läßt es durch einen andern vollziehen. Dies letztere geschieht, wenn der Oberrichter dem Unterrichter befiehlt, das Urtheil zu vollstrecken. *Cap. 5. X. de sententia et re jud.:* De caetero noveris, quod si sententiam a nobis latam praecipimus, per aliquem executioni mandari et fraus intervenerit, non est facultas executori de toto negotio cognoscendi, sed deferri quaestiones, quae inciderint, ad sedem apostolicam oportebit. Wenn aber der Besiegte, weder mittelbar, noch unmittelbar, unter dem Richter steht, der das Urtheil sprach, sondern er unter einem andern, nicht untergeordneten, Richter wohnt oder die Güter, die ihm abgesprochen sind, in einem andern Gerichtsbezirk liegen, kurz, wenn der Richter, der das Urtheil sprach, **nicht** die Macht hat, zu erzwingen, was er für Recht

erkannt hat; so bedarf es, zum Behuf der Vollziehung, der Dazwischenkunft des andern Richters [1]). Diesen Richter könnte der Sieger unmittelbar antreten; ich sehe wenigstens nicht, was ihn daran hindern sollte. Die Rechtsgelehrten nehmen dies auch an und zwar sagen sie, durch die *actio rei judicatae* [2]), deren es zwar bei uns nicht bedarf, die aber doch nicht gerade abgeschafft ist [3]). Mir scheint es, daß es selbst bei dem fremden Richter keiner förmlichen Klage bedürfen würde, sondern, daß eine einfache Aufforderung, sein Amt zu verwalten, bei dem einen Richter eben so gut, wie bei dem andern, genügen müsse; und man einen bloßen Antrag auf Vollziehung eines Urtheils, bei wem er auch gemacht wird, keine Klage nennen könne. Ich will aber davon weiter nichts sagen, weil es ein bloßer Streit um Worte und Namen seyn würde.

Gewöhnlich wendet sich der Sieger an den Richter, der ihn zum Sieger gemacht hat, und verfolgt bei ihm seinen Sieg; und dieser Richter schreibt an den andern, giebt ihm von der Verurtheilung Nachricht und, indem er sich bereit erklärt bei Gelegenheit Gleiches mit Gleichem zu erwiedern, ersucht er ihn, in subsidium juris, das Urtheil, was er ihm in extenso mittheilt, in Vollziehung zu bringen [4]).

Diese Art, die Vollziehung zu bewirken, nämlich durch Wendung an den Richter, der das Urtheil gesprochen hat, der einen andern ersucht, das Urtheil zu vollziehen, scheint nun

---

1) Die Rechtsgelehrten pflegen diese Art der Vollziehung die executio subsidiaria zu nennen, welche sie der principalis entgegensetzen und die letztere in die mediata und immediata zerfallen lassen.

2) Siehe Gönner zu Danz Grundsätze des ord. Proc. §. 458. Note a.

3) *Mevius* p. 6. decisio 1. No. 10.

4) Schreiben dieser Art kommen in den Schriften der Rechtsgelehrten als *literae mutui compassus* vor.

auch vor jener andern offenbar den Vorzug zu verdienen, den sie durch den Gebrauch erhalten hat; die Sache gewinnt dadurch an Ansehen und Gewicht und der Richter, welcher das Urtheil vollziehen soll, erfährt durch den Richter, welcher es gesprochen hat, auf die sicherste Weise, daß der Streit abgeurtheilt und die Sache zur Vollziehung reif sey; und ganz besonders dann scheint sie ihn zu verdienen, wenn es ein Richter im fremden Lande ist, der das Urtheil vollziehen soll; ja, in diesem Fall scheint eine Requisition des Richters durch den Richter nicht einmal hinlänglich, sondern eine Verwendung der Staatsgewalt erforderlich zu seyn, wenigstens ist sie es in subsidium.

Nachdem ich dies, wiewohl es meistens bekannte Sachen sind, des Zusammenhanges wegen vorangeschickt, komme ich nun auf das Thema der Untersuchung, und handele davon in der Art, daß ich zwischen dem Richter in unserm und im fremden Lande — nicht unterscheide. Denn, wenig Unterschied macht es, welcher Richter ersucht wird, wenn von der Macht des ersuchten Richters die Rede ist; einen größern vielleicht, wenn von seiner Verbindlichkeit, der Requisition Folge zu leisten. Indessen habe ich hauptsächlich den einheimischen Richter in Gedanken, und will des auswärtigen, so oft ich es nöthig finde, und zuletzt noch besonders, gedenken.

Ersucht also ein Richter den andern, das Urtheil zu vollziehen, und dieser leistet der Requisition Folge, so ist das Rechtsverhältniß, was dadurch zwischen beiden begründet wird, kein Auftrag. Der requirirte Richter besorgt kein negotium alienum, weil er ein fremdes Urtheil vollzieht; er nimmt vielmehr, angeregt durch den andern, Handlungen vor, die zu seiner eigenen Jurisdiction gehören und innerhalb der Sphäre seiner Gewalt liegen, kurz, die seines Amts

sind, und wenn er in Auftrag handelt, ist es in Auftrag des Staats, der ihn bestellt hat, nicht des Richters, der ihn requirirte. Am wenigsten darf man hier an eine Uebertragung der Jurisdiction denken. Der Richter, welcher die Macht entbehrt, das Urtheil zu vollziehen, kann sie dem andern nicht übertragen. Einen Auftrag zur Vollziehung des Urtheils kann nur der höhere Richter ertheilen, welcher das Urtheil auch unmittelbar hätte vollziehen können und er ertheilt ihn wirklich, wenn er dem Unterrichter befiehlt, es statt seiner zu thun. Der coordinirte Richter muß die Hülfe des andern in Ansprache nehmen. Indem er dies thut, ist es nicht anders, als wenn die siegende Partei den Richter, der die vollziehende Macht in Händen hat, um seinen Beistand angerufen hätte. Zwischen der Partei und dem fremden Richter macht der Richter, der das Urtheil sprach, den Vermittler, indem er ihn ersucht, das zu thun, was er selbst nicht thun kann. Die eine Staatsbehörde zeigt, wenn der requirirte Richter ein einheimischer ist, der andern an, daß ihre Macht nicht ausreiche und die Hülfe der andern nöthig sey, um dem Sieger zu seinem Rechte zu verhelfen. Wer die Execution vornimmt, ist also bloß der requirirte Richter. Dieser ist thätig; der andere regt nur an zur Thätigkeit. Daher drückte sich G. L. Böhmer nicht eben allzu gut aus, wenn er schreibt: executio subsidiaria est, quam *judex peragit* requisito alio judice [5]).

Wenn nun gleich die Requisition kein Auftrag ist, so kömmt sie doch in manchen Stücken mit einem Auftrage überein. Der Richter hat die Macht zu allem, was in der Requisition enthalten ist; er muß sich innerhalb der Schranken

---

5) *G. L. Boehmer* princ. jur can. §. 827.

derselben halten; er darf nicht mehr thun, als von ihm begehrt ist.

Ueber die Sache selbst gebührt ihm kein Urtheil; werden daher Einreden bei ihm vorgebracht, so unterscheiden die Rechtsgelehrten, ob sie gegen das Urtheil gerichtet sind oder vielmehr die Sache selbst betreffen, oder ob sie gegen die Vollziehung gerichtet sind, oder vielmehr gegen die Art, wie der requirirte Richter das Urtheil vollzieht. Ueber jene darf er nicht urtheilen, wohl aber über diese [6]). Er muß sich erinnern, daß er bloß zum Vollziehen berufen (merus executor) ist. Es kömmt hinzu, was Gönner bemerkt, daß er nicht im Stande ist, über die Sache gehörig zu urtheilen; ihm fehlt nämlich die Kenntniß dessen, was bisher in der Sache geschehen ist; ihm fehlen die Acten; auch würde, wenn er ja dazu im Stande wäre — seine Einmischung gegen den Grundsatz verstoßen, daß die Sache bei dem Richter bleiben muß, bei dem sie einmal anhängig ist, als welcher darin allein Recht zu sprechen befugt ist [7]).

---

6) *G. L. Boehmer* princ. jur. can. §. 827. — Danz Grundsätze des ordentlichen Processes §. 458. Note d.

7) Siehe Gönner Handbuch des Processes, dritter Band, Abth. 61. §. 23. Es geht aber Gönner hier, wie ich glaube, von einem unrichtigen Gesichtspunkte aus. Er sieht nämlich die Requisition als einen Auftrag an und die Vollziehung als eine aufgetragene; der requirirende Richter habe dem requirirten bloß die Vollziehung aufgetragen, nicht aber ein Urtheil über die Rechtmäßigkeit des Ausspruchs, auch nicht über dasjenige, was noch bei der Execution eingewandt werden könne; er habe ihm auch darüber eine Cognition nicht übertragen können, weil die Litispendenz dadurch gestört werde u. s. w. Ich habe schon oben bemerkt, daß nur der Oberrichter, welcher dem Unterrichter befiehlt, das Urtheil zu vollziehen, diesem die Vollziehung auftrage; hingegen ein nicht übergeordneter Richter kann seines Gleichen nur auf eben die Art um die Vollstreckung antreten, wie es der Sieger hätte können, für den er sich, wenn es ein auswärtiger Richter ist, bei diesem verwendet.

Daß der requirirte Richter über Einreden gegen das Urtheil oder vielmehr solche, welche die Sache selbst angehen, nicht, sondern nur über Einreden gegen den von ihm eingeschlagenen modum exequendi urtheilen könne, dafür kann auch zur Bestätigung dienen die bereits oben angeführte Stelle des Canonischen Rechts; denn sie sagt mit dürren Worten, der Richter, der das Urtheil zu vollziehen hat, dieser Richter hat nicht die Macht, über die Sache selbst zu urtheilen (non est facultas *executori*, de toto negotio cognoscendi) sondern, wenn die Frage entsteht, ob Betrug im Spiel gewesen (und das zu vollziehende Urtheil also ungültig oder doch per modum restitutionis in integrum wieder aufzuheben sey) [8]) muß er darüber Bericht abstatten an die Behörde, welche die Vollziehung von ihm begehrt hat. Zwar spricht die Stelle zunächst nur von einem höhern Richter, der einem Unterrichter die Vollziehung aufgetragen hat; indessen läßt sie sich auch auf den Fall, wovon hier die Rede ist, da ein coordinirter Richter den andern um seine Hülfe requirirt, anwenden. Es ist kein Grund vorhanden, der, in Hinsicht auf

---

8) Ob ein Urtheil, was ex falsa causa gesprochen ist, ipso jure ungültig oder mit Hülfe der restitutio in integrum wieder aufzuheben sey, ist nach den Gesetzen ungewiß und unter den Rechtsgelehrten streitig. Daß es ungültig sey, scheinen sämmtliche leges Codicis im Titel: si ex falsis instr. vel testim. judicatum sit, imgleichen mehrere leges der Π. zu ergeben. L. 11. D. de except. L. 75. D. de jud. — Die L. 33. D. de re jud., welche entgegen zu stehen scheint, kann so ausgelegt werden, daß darunter nicht sowohl der Gebrauch des remedii restitutionis, sondern bloßes Vernichten, über den Haufen Werfen zu verstehen ist. Siehe *Perez* ad h. tit. C. nr. 3. *Mevius* P. 3. Dec. 104. Ich will diese Frage hier bloß beiläufig berühren und sie nicht eigentlich entscheiden, sondern mein Urtheil verschieben. Nur das muß ich sagen. Es erweckt ein günstiges Vorurtheil für die Meinung, daß ein ex falsa causa gesprochenes Urtheil ungültig sey, daß, wie ich aus der Summa der im Text angeführten Stelle des Canonischen Rechts sehe, die Glossographen dieser Meinung zugethan waren.

den Umfang der Macht, zwischen einem Richter, dem die Vollziehung empfohlen und einem, der darum ersucht ist — eine Verschiedenheit begründen sollte. Was dem einen (in Gestalt eines Befehls) nicht aufgetragen ist, das ist von dem andern nicht begehrt worden.

Eine abweichende Meinung hegt J. H. Böhmer [9]). Sie führt uns auf einen Unterschied, welcher sehr gegründet und sehr zu beachten ist. Er läßt zwar als Regel gelten, daß der requirirte Richter über Einreden, wodurch das Urtheil angefochten wird, nicht, sondern nur über solche, welche die Verfahrungsart bei der Vollziehung angehen, urtheilen könne. Aber er läßt in dem Fall eine Ausnahme zu, wenn die Ungültigkeit des Urtheils auf der Stelle klar ist, und führt ein Beispiel an zur Erläuterung, nämlich das folgende. Jemand hatte den Besitzer eines Grundstückes, dem dieses verpfändet war, ex lege diffamari ad agendum aufgefordert, weil keine Hauptschuld vorhanden sey, und da dieser still schwieg, ward er in contumaciam verurtheilt, das Grundstück dem Provocanten herauszugeben. Das Grundstück lag nicht in dem Sprengel des Richters, der das Urtheil gesprochen, sondern im fremden Lande, und so ward der Fürst dieses Landes um die Vollziehung des Urtheils requirirt. Allein hier wandte der Besitzer ein, das Urtheil sey offenbar ungültig, und das war es auch; denn einmal hatte er als Besitzer, nicht ad agendum provocirt werden können, zweitens konnte ihm wohl ein ewiges Stillschweigen aufgelegt, er aber, in Folge der bloßen Provocation, nicht zur Herausgabe des Grundstücks verurtheilt werden. Die Sache ging an mehrere Juristenfacultäten, deren Urtheil einstimmig da-

---

9) Jus eccl. Prot. lib. 2. tit. 27. §. 57.

hin ausfiel, das Urtheil sey — nicht in Vollziehung zu bringen.

Ehe ich weiter gehe, kann ich nicht unbemerkt lassen, wie dieses Urtheil (über das Urtheil) ohne Zweifel eben so gelautet haben würde, wenn ein anderer einheimischer Richter um Hülfe requirirt wäre. Ja, dieser auswärtige Richter — war ein einheimischer; denn es war ein Richter in demselben alten Deutschlande.

Es scheint allerdings, daß die von Böhmer aufgestellte Ausnahme gegründet und zwischen Einreden, die das Urtheil auf der Stelle als ungültig darstellen und andern, die eine Untersuchung erfordern, zu unterscheiden sey.

Werden also Einreden gegen die Gültigkeit des Urtheils vorgebracht, welche altioris indaginis sind, so muß der requirirte Richter den Besiegten damit an den requirirenden verweisen; — und immittelst mit der Execution — ruhig fortfahren, bis der Richter, an welchen dergleichen Einreden gehören und der über deren Gewicht und Erfolg zu urtheilen allein berufen ist, ihm einzuhalten erlaubt. — Wenn er aber auf der Stelle sieht, daß diese Einreden gegründet sind, daß das Urtheil ungültig sey, dann darf er es nicht vollziehen, sondern muß die Vollziehung von sich ablehnen. Ja, wie er das Urtheil hätte vollziehen können, ohne Requisition, auf unmittelbaren Antrag des Siegers, also scheint es, es müsse der Richter, auch ohne Einwand von Seiten des Besiegten, ganz von selbst die Vollziehung eines ungültigen Ausspruchs von der Hand weisen; nicht, als ob ihm in Fällen dieser Art ein Urtheil über die Sache selbst zukäme, sondern, weil er sieht, daß er zur Vollziehung kein Recht habe. Es ist dies also nicht einmal eine Ausnahme von jener Regel, daß der Richter über

die Sache selbst nicht urtheilen dürfe; in der That legt der Richter sich dadurch kein Urtheil in der Sache selbst bei; er maßt sich nicht an, die Rechtsverhältnisse unter den streitenden Theilen festzusetzen; er urtheilt nur in so fern über die Sache oder vielmehr nur über das Urtheil, als er seine eigene Befugniß, das Urtheil vollziehen zu dürfen, darnach abmessen will. Ehe er handelt, wirft er die Frage auf, darf ich handeln; ist hier ein wirklich zu vollziehendes Urtheil vorhanden; ist dies ein Fall, wo, nachdem ein anderer Richter geurtheilt hat, es nun an mir ist, das Urtheil zu vollziehen; hat, nachdem die Jurisdiction des andern beendigt ist, meine, (oder die mit der meinigen verbundene coercitio) ihren Anfang genommen? Im Allgemeinen ist nun zwar anzunehmen, daß der requirirende Richter den Gesetzen gemäß gehandelt habe; es ist wenigstens nicht anzunehmen, daß das Urtheil ungültig sey; wenn aber das Gegentheil klar zu Tage liegt und der Richter dies, entweder von selbst oder durch die Einwendungen des Besiegten darauf geführt, deutlich erkennt, dann würde er sich selbst verantwortlich machen, wollte er sich dazu hergeben, dem requirirenden Richter in Ausführung einer widerrechtlichen Maaßregel gegen den Besiegten zu Hülfe zu kommen [10]). Ist der requirirte Richter ein Richter im fremden Lande, so scheint die Sache noch weniger Bedenken zu haben. Denn, der Staat, der seine Bürger zu schützen verbunden ist, muß sie auch schützen

10) Eben so bemerkt auch J. H. Böhmer am ang. Ort: Est quidem pro omni judicis cujuscunque sententia praesumtio, quod legibus conformis et valida sit, haec tamen cessat, si in continenti contrarium probari queat. Neque enim — judex minister alienae injustitiae esse debet et si sententia executioni danda, ante omnia constare debet, eam ita esse comparatam, ut etiam executionem admittere possit.

gegen Unrecht, was von außen kömmt, und darf nicht selbst die Hände dazu bieten, daß ihnen durch einen fremden Staat oder dessen Behörden zu nahe geschehe. Es ist schon genug, wenn er ein fremdes Urtheil vollzieht, in der guten Meinung, der fremde Richter werde dem Gesetz gemäß gehandelt und seinem Bürger nicht zu nahe gerichtet haben; aber man kann ihm nicht zumuthen, dies zu thun, wenn er sich vom Gegentheil überzeugt hält. Unter Richtern desselben Landes hat die Sache eher einiges Bedenken. Kann der Staat erlauben, daß die Gültigkeit des Ausspruchs seines Richters ein anderer einheimischer Richter seiner Prüfung und Beurtheilung unterziehe? Es scheint vielmehr in der Ordnung zu seyn, wenn ein Richter unrecht gerichtet hat, daß die verletzte Partei die gesetzlichen Mittel in Anwendung bringe und bei ihm selbst oder bei dem höhern Richter Schutz suche gegen die Widerrechtlichkeit seines Verfahrens, statt sich deshalb an einen andern zu wenden, an den die Sache nicht gehört und der bloß zum Vollziehen berufen ist. Allein, auch hier kommt in Betrachtung, daß der Richter überhaupt nur befugt ist, ein rechtskräftiges Urtheil zu vollziehen und nun sieht er, der Voraussetzung zufolge, es sey kein solches vorhanden.

Ist also ein rechtskräftiges Urtheil vorhanden, dann ist der requirirte Richter, und zwar ein einheimischer, unbedenklich verbunden, zur Vollziehung desselben die Hand zu bieten, und, wenn er sich weigert, der an ihn ergangenen Requisition Folge zu leisten, kann bei der höhern Behörde über versagtes Recht gegen ihn Beschwerde geführt werden. Eben so konnten in dem alten Deutschland die verschiedenen Staaten, woraus dieser Staat zusammengesetzt war, als Glieder und Bürger des größern Staats, Hülfe im Recht wechselseitig von

einander fordern, und durch Hülfe des Reichskammergerichts durch Zwang dazu genöthigt werden [11].

Aber unter Staaten, die von einander unabhängig und keiner höhern Gewalt unterworfen sind, unter solchen Staaten kann, wie es scheint, von einer Verbindlichkeit des einen Staats, Urtheile zu vollziehen, die in dem andern gesprochen sind — überall nicht die Rede seyn; es müßten denn Verträge zwischen den beiden Staaten geschlossen seyn, worin dies versprochen ist; nur ihr eigener Vortheil erheischt, daß sie einander bei der Rechtspflege zu Hülfe kommen und namentlich die Urtheile, welche ihre Richter gesprochen haben, wechselseitig für gültig anerkennen und in Vollziehung derselben sich einander die Hand bieten, weil der Staat, welcher sich weigern würde, dem andern Rechtshülfe wiederfahren zu lassen, sich der Gefahr aussetzt, daß man ihm bei erster Gelegenheit Gleiches mit Gleichem vergilt. Indessen auf diesem Wege kann man am Ende alles erlangen, und ein Grundsatz dieser Art gehört nicht der Rechtswissenschaft, sondern der Politik an. Billig macht er sich nur geltend, wenn von unschuldigen Handlungen die Rede ist, gerade wie unter Privatleuten bei gleichgültigen Dingen ein wechselseitiger Austausch von Gefälligkeiten statt findet. Mehr wird es hierher gehören, wenn ich den Grundsatz aufstelle, daß in Fällen, da man die Vollziehung begehren kann, man sie auch fordern könne. Nämlich begehren kann man sie nur, wenn der diesseitige Staat durch seinen Gerichtshof — diesen Streit zu entscheiden befugt war; und zwar, daß diese Befugniß sich nicht bloß auf Gesetze gründet, wie sie bei ihm gelten,

---

11) S. *Mevius* P. 7. Dec. 87.

also von ihm selbst gegeben sind, sie vielmehr von allen gegebenen Gesetzen unabhängig vorhanden ist. Der diesseitige Richter hatte keine Befugniß, über Personen zu urtheilen, die im fremden Lande wohnen und Bürger eines fremden Staats sind (in der niedrigen Sprache, wie sie sich für Unterthanen geziemt, würde es heißen: die Unterthanen eines fremden Staats sind); und eben so wenig Güter dem einen abzusprechen und dem andern zuzuerkennen, die — Bürgern seines Staats gehörig — im fremden Lande gelegen und Theile des Staatsgebiets oder im Schutz desselben befindlich sind. Er kann dies auch nicht deshalb, weil es bei ihm Gesetze giebt, die ihn dazu berechtigen; nicht unter dem Vorwande, daß der Bürger des fremden Staats den Contract innerhalb des Staatsgebiets geschlossen hat; denn die Gesetze, die ein forum contractus begründen — wohin das forum gestae administrationis mitgehört — diese Gesetze haben außerhalb des Staatsgebiets keine Gültigkeit, nach der Regel: *leges non valent extra territorium.* Das Gegentheil annehmen, hieße behaupten: es könne der Staat nach Willkühr seine Jurisdiction über Bürger des fremden Staats oder über Sachen, die in der Gewalt des andern befindlich sind, erweitern. Jedes Land, kann man sagen, hat gegen das andere ein natürliches jus de non evocando. Was Sachen betrifft, so ist es zwar nicht über allen Zweifel erhaben, daß derentwegen dort geklagt werden müsse, wo sie belegen sind. Man möchte vielleicht glauben, der Beklagte könne in dem Staat, dessen Bürger er ist, auch wegen Sachen, die auswärts liegen, belangt werden; indem der Kläger es nicht mit den Sachen, sondern mit der Person zu thun hat, über deren Verbindlichkeit, diese Sachen dem Kläger zu geben

oder

oder herauszugeben, der Richter, wie es scheint, ausschließlich zu erkennen befugt ist, dem der Beklagte für seine Person unterworfen ist. Allein, es scheint vielmehr, daß gerade umgekehrt — und zwar nach allgemeinen Grundsätzen und abgesehen von allen Ideen positiver Gesetze, und namentlich des Römischen Rechts, worauf ich hier überall keine Rücksicht nehmen kann — das forum rei sitae zwischen verschiedenen Ländern ausschließlich begründet sey, bei allen Klagen, welche Individuen zum Gegenstande haben, mit Beiseitsetzung des Unterschiedes zwischen dinglichen und persönlichen. Nämlich alles, was bei Gericht geschieht, geschieht mit beständiger Aussicht auf die Vollziehung. Denn einer, welcher klagt, will nicht wissen was Rechtens sey, sondern, daß geschehe was dem Gesetz gemäß ist; und nun untersucht zuvor der Richter, ob sein Begehren in den Gesetzen gegründet, ob nach seinem Verlangen diese Sache an den Kläger auszuliefern oder der Beklagte dabei zu schützen sey. Alles Streiten, alles Urtheilen geschieht bloß der Vollziehung wegen und ist nichts, als eine nöthige Vorbereitung dazu. Der Streit bereitet das Urtheil vor, das Urtheil die Vollziehung; und wer nicht die Macht hat, seinen Ausspruch zu vollziehen, der kann auch nicht Recht sprechen, es sey denn als Schiedsrichter. (Wobei es sich von selbst versteht, daß in demselben Lande die verschiedenen Functionen dessen, welcher das Urtheil spricht und dessen, welcher es vollzieht, geschieden seyn können, wie sie es, der Natur der Sache nach, immer sind.) Spräche ein Staat ein Urtheil über Sachen, die im andern liegen und verlangte vom andern, er möge es vollziehen, so würde der andere antworten: daß du urtheiltest, war eine leere Anmaßung; was mit den Sachen geschehen soll, die in mei-

nem Staate liegen, darüber habe ich zu bestimmen, und folglich gebührt es auch mir, zu untersuchen, ob hinlängliche und gesetzliche Gründe vorhanden sind, Veränderungen damit vorzunehmen.

Der Fall, da ein fremder Richter über Bürger eines andern Staats zu richten befugt war, kann nur vorkommen:

1) wenn dieser sich vor dem fremden Gericht freiwillig stellt, sich dessen Ausspruch freiwillig unterwirft. An der Befugniß hiezu kann nicht gezweifelt werden, es müßte ihm denn ausdrücklich verboten seyn. Nur wider seinen Willen hat er nicht nöthig, sich vor ein fremdes Gericht zu stellen und nur, wenn er wider Willen geladen wird, kann der Staat, dessen Bürger er ist, dies als einen Eingriff in seine Jurisdiction und sein jus de non evocando ansehen. — Zu diesem ersten Fall kann auch gerechnet werden, wenn er als Kläger bei dem fremden Gericht auftritt und dann als Kläger oder bei Gelegenheit, da er klagt, zu etwas, z. B. zu den Kosten, — zur Strafe, z. B. wegen ausgestoßener Beleidigungen gegen das Gericht, verurtheilt wird; — imgleichen, wenn eine Wiederklage gegen ihn bei diesem Gericht erhoben ward und er sich auf diese Wiederklage einließ. Hier aber scheint es, daß ich mir selbst ungetreu werde; denn nur so eben stellte ich die Regel auf: wer nicht vollziehen kann, der soll auch nicht richten (eine Regel, die sich nicht umkehren läßt); allein, ich denke, Fälle dieser Art, da der fremde Gerichtshof freiwillig zum Richter erwählt wird, machen eine Ausnahme, gleichwie eine Ausnahme statt findet bei einem Schiedsrichter;

2) wenn er zu der Zeit, da der Streit geführt und das Urtheil gegen ihn gefällt ward, Bürger des fremden Staats

war. In beiden Fällen hat der Sieger durch Urtheil und Recht eine rechtmäßige Forderung an den Besiegten, zu deren Tilgung dieser mit Zwang angehalten werden kann, von Seiten des Staats, dessen Bürger er jetzt ist. Man kann, denke ich, überhaupt als Regel annehmen: in welchen Fällen der fremde Staat zu urtheilen befugt war, in denselben Fällen ist auch der diesseitige Staat genöthigt, die Gültigkeit seines Ausspruchs anzuerkennen. Indessen ist doch in jenen Fällen nicht eigentlich die Rede davon, daß der Staat ein fremdes Urtheil für gültig anerkenne, sondern der Besiegte muß es für gültig anerkennen und der Staat seinen Bürger nöthigen, der rechtmäßigen Ansprache eines andern ein Genüge zu leisten; und dieser kann nicht sagen, daß ihm zu nahe geschieht, wenn er gezwungen wird, eine Schuld zu tilgen, die durch den Ausspruch eines, wenn auch fremden Richters, dem er sich unterworfen hat, als vorhanden, als gültig anerkannt ist. Wollte der fremde Staat sich weigern, seinen Bürger zur Erfüllung des Urtheils zu zwingen, das wäre gerade eben soviel, als einem Fremdling, der von seinem Bürger etwas zu fordern hat, auch bei seinen Gerichten das Recht versagen; wenn er das Eine nicht kann, kann er das Andere auch nicht. Es würde wenigstens in dem einen Fall, wie in dem andern, der Gläubiger und der Staat, dem der Gläubiger angehört, um seinem Bürger zu seinem Recht zu verhelfen, zur Selbsthülfe, außer der Wiedervergeltung, und zum Zwange gegen den Schuldner berechtigt seyn, wenn er Gelegenheit hat, sie anzuwenden, ohne den Rechten anderer zu nahe zu treten. Zwischen Staaten, die zum deutschen Bunde gehören, scheint in Fällen dieser Art der Artikel 29 der Wiener Schlußacte vom 15. Mai 1820 anwendbar zu seyn.

Tritt nun der Fall ein, daß ein rechtskräftiges Urtheil im fremden Lande zu vollziehen ist, oder m. a. W., daß eine Forderung im fremden Lande geltend zu machen ist, über deren Rechtmäßigkeit es keines weitern Streits bedarf, weil ein fremder, dazu befugter, Richter sie bereits geprüft und für rechtmäßig anerkannt hat, wodurch dem vollziehenden Richter gleichsam vorgearbeitet und ihm die Mühe abgenommen ist; so ist es nicht eigentlich der urtheilende Richter, welcher von dem zur Vollziehung berufenen die Rechtshülfe zu begehren hat, sondern es müßte eigentlich die eine Staatsgewalt die Rechtshülfe begehren von der andern. Indessen pflegt dies nur in subsidium zu geschehen, wenigstens in Deutschland, wo man freilich von alter Zeit her an dieses Verfahren gewöhnt ist und es als eine Nachwirkung des ehemaligen gesetzlichen Zustandes ansehen kann; gewöhnlich wendet sich der Richter an den Richter, welches sich auch insofern rechtfertigen läßt, als der Richter theils als Vermittler anzusehen ist, zwischen dem Sieger und dem fremden Richter, theils als ein solcher, von welchem der fremde Richter den Stand der Sache am zuverlässigsten erfährt. Denn an und für sich hat er keine Befugniß, sich in die Sache zu mischen, und sein Auftrag, des Rechts zu pflegen, geht so weit nicht, in Fällen, wo er selbst der Macht ermangelt seine Aussprüche zu vollziehen, sich darum zu bemühen, daß dies durch andere geschehe.

Der auswärtige Richter, an den eine solche Requisition ergeht, müßte billig, wenn er nicht im Allgemeinen beauftragt ist, dergleichen Requisitionen Folge zu leisten — erst bei seiner Regierung anfragen, ob er ihr Gehör geben, nämlich, ob er ein Urtheil vollziehen solle, was im fremden Lande gesprochen ist. Kömmt es zur Vollziehung, so beschränkt seine Macht sich auf's Vollziehen, und es wird nicht nöthig seyn, nach dem

Vorhergehenden darüber weiter etwas zu sagen. Was die Art der Vollziehung betrifft, so wird er an die Gesetze seines Landes, überhaupt an diejenigen gebunden seyn, zu deren Befolgung er bei seinem Verfahren und namentlich beim Vollziehen angewiesen ist.

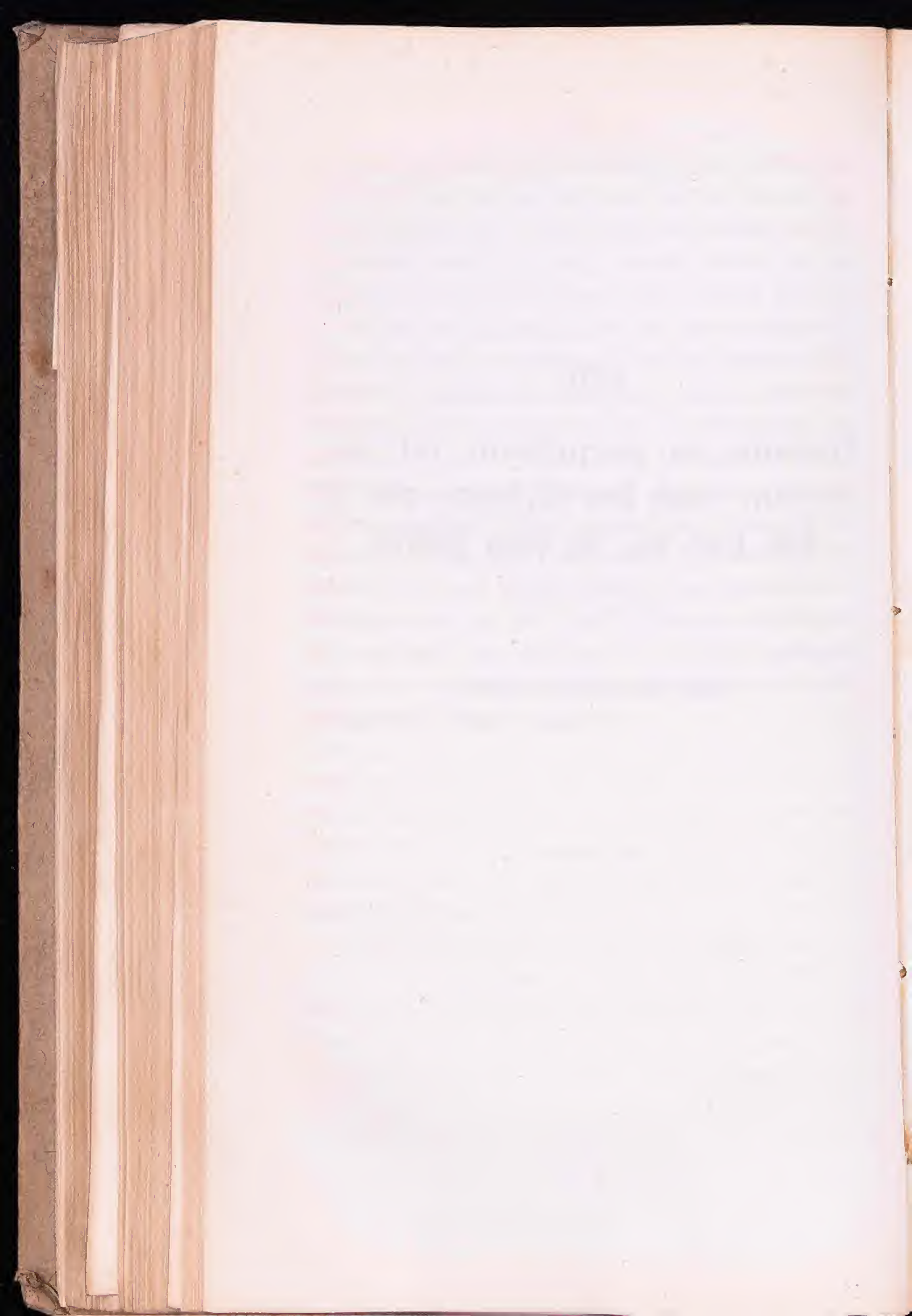
Es kommen aber, außer der Vollziehung rechtskräftiger Urtheile, viele andere Fälle vor, da ein Richter die Hülfe eines andern in Ansprache zu nehmen genöthigt ist, da ein anderer, auf Requisition des andern, als judex requisitus thätig ist. Nachdem von dem Hauptfall die Rede gewesen, ist es kaum nöthig, über diese anderen Fälle, die viel weniger Schwierigkeit darbieten, noch besonders zu reden. Um indessen die Gelegenheit nicht unbenutzt zu lassen, will ich doch einige Worte darüber hinzusetzen. Diese Fälle kommen mit jenem Hauptfall alle darin überein, daß der Richter, nicht als Mandatar, sondern veranlaßt durch einen andern Richter, Handlungen, die zu s e i n e r Jurisdiction gehören, vornimmt, daß ihm in Ansehung der Sache selbst keine Untersuchung zukommt, er sich an die Requisition halten und sich darauf beschränken muß, zu thun, was von ihm begehrt ist; wobei er jedoch zu Handlungen, die er als widerrechtlich erkennt, nicht mitwirken darf, wiewohl er im Allgemeinen zu dem requirirenden Richter und der Rechtmäßigkeit seines Begehrens Vertrauen zu hegen berechtigt ist u. s. w. Manche dieser Fälle sind von der Art, daß sie mehr das Ansehen einer Gefälligkeit haben, indem dabei von Handlungen die Rede ist, die an sich sehr unschuldig sind und Niemanden zum Nachtheil gereichen, z. B. es soll eine Ladung eingehändigt, jemand über seine Meinung vernommen, ein Zeuge abgehört werden u. s. w. Warum sollte der Staat die Ladung in Fällen, wo die Befugniß des fremden Staats, in dieser Sache zu urtheilen, kein Bedenken leidet und

die fremde Jurisdiction nicht als Eingriff in die diesseitige anzusehen ist, etwa weil ein forum rei sitae bei dem fremden Richter begründet ist — warum sollte er die Ladung dem Geladenen nicht einhändigen lassen. Gereicht es doch zum eignen Besten des Gerichtspflichtigen, daß er geladen wird, weil ihm dadurch der Weg geöffnet wird, sich gegen die Klage vertheidigen zu können. — Ueberhaupt kann jede Ladung in Fällen, wo der Geladene bei diesem Richter Recht zu nehmen genöthigt ist, als ein *beneficium* für den Geladenen angesehen werden. — Warum sollte der Staat sich weigern, einen Bürger über seine Meinung zu vernehmen, z. B. ob er eine ihm angefallene Erbschaft antreten wolle; warum sich weigern, zur Beförderung der Gerechtigkeit, Jemanden über seine Kenntniß von einem gewissen Vorfall zu vernehmen u. s. w.? In Fällen dieser Art wird auch kein Bedenken obwalten, daß nicht der Richter die Handlung in der Gestalt vornehmen dürfe, wie es der requirirende Richter wünscht und sie den, bei ihm geltenden, Gesetzen gemäß ist.

VIII.

Probatio in perpetuam rei memoriam, nach den Gesetzen, wie sie sind und wie sie seyn sollten.

Im November 1826.



Schon Schaumburg [1]) führt Klage darüber, wie sehr die Rechtsgelehrten in der Darstellung der Lehre von der probatio in perpetuam rei memoriam von einander abweichen. Diese Klage dürfte auch jetzt noch gegründet seyn und der letzte Grund davon in Veränderungen des gerichtlichen Verfahrens, die nicht gehörig beachtet wurden, besonders aber in der Unvollkommenheit der Gesetzgebung zu suchen seyn. Man darf nur wissen, daß die Lehre sich ursprünglich aus dem Canonischen Rechte herschreibt — wenn gleich einige Stellen des Römischen die erste Veranlassung dazu gegeben haben mögen — um eben kein außerordentliches Meisterstück der Gesetzgebung in den hieher gehörigen Bruchstücken zu erwarten.

Ich an meinem Theil möchte nun, nachdem ich schon aus diesen bloßen Bruchstücken mit mir über die Sache völlig auf's Reine gekommen, auch andern dazu behülflich seyn. Ich werde also diese Materie auf's Neue zur Sprache bringen; dabei will ich mich hauptsächlich an die Gesetze selbst halten und, nachdem ich von ihnen geredet, werde ich zuletzt auch über sie reden.

Die Rechtsgelehrten pflegen die Sache zum Theil schon im Zuschnitt zu verderben, indem sie die Beweisführung zum ewigen Gedächtniß **als eine Abweichung von der Regel**

---

1) Princ. prax. jur. lib. 1. sect. 2. membr. 3. cap. 1. §. 2.

in Hinsicht auf den Zeitpunct des zu führenden Beweises darstellen [2]). Diesen Zeitpunct pflegen sie auf eine verschiedene Art anzugeben und Danz ist in dieser Hinsicht sogar hinter seinem Vorgänger, Schaumburg, zurückgeblieben. Ueberhaupt wäre bei der mangelhaften Art, wie jener Schriftsteller die Lehre von der probatio in perpetuam rei memoriam darstellt, diesmal wirklich etwas an ihm zu verbessern gewesen. Sieht man an, was die neuesten Compendien lehren, die doch den kurzen Inbegriff dessen enthalten sollen, was nach dem gegenwärtigen Zustand einer Wissenschaft unter den Gelehrten ausgemacht ist, so scheint in dieser Materie alles darauf nur anzukommen, ob dem streitenden Theil Gefahr droht, das Beweismittel zu verlieren; denn unter dieser Voraussetzung lassen sie ihn ohne weitern Unterschied zur probatio in perpetuam rei memoriam gelangen [3]).

Wahr ist nun freilich, daß Gefahr, das Beweismittel zu verlieren, bei der probatio in perpetuam rei memoriam conditio sine qua non ist; allein sie ist es nicht in allen Fällen, so daß diese Gefahr als allgemein gültige Bedingung vorangestellt werden könnte; wenigstens ist sie es nicht in dem Sinn, wie man diesen Satz zum Theil versteht, zum Theil ihn wenigstens leicht mißverstehen könnte; allgemein ist bloß, daß es mit dieser probatio hauptsächlich auf die Erhaltung des Beweismittels abgesehen sey — wiewohl sie auch einen andern Zweck haben kann; — auf der andern Seite, wo sie erforderlich ist, da ist es an der bloßen Gefahr nicht genug, sondern, was den Kläger betrifft, so muß dieser noch nicht kla-

---

2) S. *Schaumburg* princ. prax. jur. lib. I. sect. 2. membr. 3. cap. 1. §. 2. Danz Grundsätze des ord. Proc. 466. Grollmann Theorie des gerichl. Verfahrens §. 164. — 3) Martin Lehrbuch des bürgerl. Processes §. 315. Linde Lehrbuch des Civilprocesses §. 219.

gen können oder der Beklagte die Litiscontestation verzögern, es also an dem Kläger nicht liegen, daß keine ordentliche Beweisführung möglich ist. Dem Beklagten hingegen steht diese Beweisführung (wenn es eine ist; doch davon zuletzt) ohne Unterschied frei, weil es nicht von ihm abhängt, wie früh er verklagt seyn will. Schaumburg und Grollmann [4]) machen zur Bedingung, daß der streitende Theil unverschuldet der Gefahr ausgesetzt seyn müsse, das Beweismittel zu verlieren, welches zwar richtig ist, nur ist es theils zu unbestimmt, theils zu allgemein gesagt.

Es sind hauptsächlich zwei Stellen des Canonischen Rechts, worin die Lehre von der probatio in perpetuam rei memoriam ihren Sitz hat, nämlich das fünfte Capitel im Titel der Decret. ut lite non contestata non procedatur ad testium receptionem etc. und das 41. Cap. im Titel der Decret. de testibus. Jene hat es mit dem Kläger zu thun; diese pflegt man auf den Beklagten zu beziehen [5]).

In jener stellt das Canonische Recht den Satz auf, den es im Römischen gefunden haben will und die Glossographen wirklich darin fanden — obwohl sie selbst nicht einig waren und die es behaupteten, Martinus und Hugolinus, irrten [6]) — und wiederholt ihn bei andrer Gelegenheit [7]), daß vor der Litiscontestation, der Regel nach, kein Zeugenverhör durch den Richter aufzunehmen sey, nisi forte de morte testium timeatur vel diuturna absentia. In quibus casibus, heißt es weiter, cum civiliter est agendum, ne veritas occultetur et probationis copia fortuitis casibus sub-

---

4) a. d. a. St.

5) *J. H. Boehmer* ad cap. 41. X. de test. nota 13.

6) *J. H. Boehmer* jus eccl. Prot. lib. 2. tit. 6. §. 4. sq. Idem ad cap. 5. X. ut lite contestata not. 70 et 74.

7) cap. 4. X. de confirm. inutil.

strahatur, senes et valetudinarii et alio testes, de quibus ex aliqua rationabili causa timetur, etiam lite non contestata, sunt procul dubio admittendi. Und nun wird hinzugesetzt: seu pars conventa sit contumax, seu sit absens absque malitia, ut conveniri non possit.

Wir sehen also, ein Zeugenverhör vor der Litiscontestation wird gerechtfertigt einmal durch die gegründete Besorgniß, die Zeugen werden sterben, ehe denn es zur Abhörung kommen kann, und also das Beweismittel verloren gehen. Es sind also solche Zeugen vor der Zeit abzuhören, welche alt oder kränklich sind oder von denen aus andern Gründen zu besorgen ist, daß ihr Zeugniß dem Kläger in der Folge entgehen möchte (de quibus ex aliqua rationabili causa timetur), also z. B. wenn der Zeuge in den Krieg oder zu Schiffe gehen will, lebensgefährliche ansteckende Seuchen am Wohnort des Zeugen herrschen, der weibliche Zeuge in's Wochenbett kommen soll u. s. w. Aber nicht bloß die Besorgniß des gänzlichen Verlustes des Beweismittels rechtfertigt diese Maaßregel; gerechtfertigt wird sie auch durch zu besorgende Abwesenheit, und zwar langwierige, des Zeugen (si forte de morte testium timeatur, *vel diuturna absentia*). Wir können hieraus den allgemeinen Satz ableiten, die Besorgniß, das Beweismittel werde in der Folge sobald nicht, werde namentlich dann, wenn er dessen bedarf, für den Kläger nicht zu haben seyn, diese Besorgniß sey mit derjenigen des gänzlichen Verlustes von gleicher Wirkung. Und allerdings leidet der Kläger Schaden, nicht bloß, wenn er das Beweismittel ganz verliert, sondern auch, wenn der Proceß und die Rechtshülfe auch nur verzögert wird. Dieser Schade, der in dem einen

Fall freilich geringer, im andern größer ist, soll, so will es das Canonische Recht, vom Kläger abgewandt werden.

Um nicht davon abzukommen, will ich hier eine Bemerkung einschalten, die sonst weiterhin besser ihre Stelle finden würde. Nämlich, wenn wir den Satz von Seiten der sogenannten gesetzgebenden Klugheit betrachten, so weiß ich wahrlich nicht, ob ich ihn loben oder nicht vielmehr tadeln soll. Wozu ist es nöthig, daß besondre Gründe vorhanden sind, welche in einzelnen Fällen die Besorgniß erwecken, das Beweismittel werde bei längerer Verzögerung verloren gehen. Diese Gefahr scheint, namentlich beim Zeugenbeweise, in allen Fällen vorhanden zu seyn. Die Zeugen brauchen nicht alt oder kränklich zu seyn, um zu sterben. Dies Schicksal kann auch die jüngsten und gesündesten treffen. Denn das Leben ist, gleich einem Precarium, der Dauer nach ungewiß, indem die Natur es sich vorbehalten hat, ihre Gabe jeden Augenblick zurückzufordern. Wie schwach und gebrechlich ist nicht der Mensch, wie vielen Krankheiten unterworfen, die das Leben und die Gesundheit bedrohen, wie vielen Unglücksfällen, die ihn jeden Augenblick treffen können! Bei der Menge von Gefahren, die ihn umringen und, ehe man es sich versieht, auf ihn einbrechen können, wer bürgt dafür, daß ein Zeuge, der heute noch der besten Gesundheit genießt, morgen nicht schon in einen Zustand gerathen wird, der ihn zur Ablegung eines Zeugnisses unfähig macht, ohne daß vorher etwas an ihm bemerkt wird, was ein solches Ereigniß befürchten ließe? Und kann es wohl erlaubt seyn, auf die ungewisse Aussicht der fortdauernden Gesundheit des Leibes und der Seele die Partei der Gefahr auszusetzen, das Beweismittel und mit ihm ihr Recht zu verlieren? Gefahr des Verlustes ist hier also

immer vorhanden; nur daß sie durch außerordentliche Umstände bisweilen näher gerückt wird oder mehr in die Augen fällt.

Ja, es kömmt hier noch ein andrer, nicht zu übersehender Umstand in Betrachtung, nämlich, daß im Verlauf der Zeit sich die Begebenheit mehr und mehr aus dem Gedächtniß verliert, daß die Erinnerung daran durch andre Eindrücke geschwächt und endlich wohl gar, bei dem einen früher, bei dem andern später, ganz verdrängt und verdunkelt wird. Verzögerung, wenn sie auch nicht den gänzlichen Verlust des Zeugnisses herbeiführt, kann doch den innern Gehalt des Zeugnisses schwächen. Das beste und zuverlässigste Zeugniß würde offenbar seyn, was auf frischer That abgelegt würde. Mit jedem verlornen Augenblick der Zeit verliert ein Zeugniß mehr an seinem Werth. Wie oft tritt nicht der Fall ein, wenn der Richter fragt, daß der Zeuge antwortet, wie jener Italiener vor dem englischen Parlament, *Non mi ricordo*, oder: Ja, wie soll ich das noch wissen; das ist schon so lange her und mir entfallen, oder: Ich erinnere mich nicht mehr genau, wie alles sich begab, oder: Alter, Krankheit, Kummer haben mein Gedächtniß geschwächt und ich kann darüber nichts mit Sicherheit aussagen u. s. w.

Nach dieser Abschweifung fahre ich im Text weiter fort.

Eine zweite, vom Gesetz aufgestellte Bedingung oder Voraussetzung der probatio in perpetuam rei memoriam ist bloß verneinend und besteht darin. Es muß dem Kläger nicht zur Last gelegt werden können, daß nicht schon jetzt eine ordentliche Beweisführung möglich ist, weil er entweder noch nicht klagen kann, oder weil nach erhobener Klage der Beklagte die Litiscontestation verzögert. Was das Erstere betrifft, so spricht das Gesetz nur von physischen Hindernissen, die den Klä-

ger vom Klagen abhalten, und auch nur von solchen, die aus Abwesenheit des Beklagten hervorgehen. Allein, wegen Gleichheit des Grundes, wird es auch auf rechtliche anwendbar seyn (auf die Fälle zur Zeit ermangelnder facultas agendi), wie, wenn der Kläger, weil die Bedingung noch nicht in Erfüllung gegangen, zur Zeit nicht klagen kann [8]). Was aber von der contumacia des Beklagten gesagt wird, scheint aus dem, was §. 1. folgt, seine Erläuterung zu erhalten. Contumax ist der Beklagte, wenn er der peremtorischen Ladung ungehorsam ist, oder wenn er sich verborgen hält, oder doch sonst verhindert, daß er nicht geladen werden kann.

Danz [9]) stellt die Sache ganz unrichtig dar, indem er, was neben einander vorhanden seyn soll, einander ausschließen läßt. Er lehrt nämlich, der Kläger werde zu diesem Beweise zugelassen, wenn augenscheinliche Gefahr ihm drohe, das Beweismittel zu verlieren, oder er vor der Hand nicht klagen könne, oder der Beklagte nach angestellter Klage die Litiscontestation verzögere. Es ist nur in einigen besondern Fällen, daß auch ohne Rücksicht auf die Gefahr, auf Verlangen des Klägers, bei vorausgesetzter contumacia des Beklagten zur Zeugenabhörung zu schreiten ist [10]).

Ich komme jetzt auf den Beklagten, von welchem im Canonischen Recht an einer andern Stelle die Rede ist [11]).

---

8) S. auch *Stryck* de jure sensuum diss. 8. cap. 2. nr. 16. Wenn es dem Kläger zur Zeit an der facultas agendi fehlt, wendet J. H. Böhmer auch auf den Kläger an, was, wie weiter unten im Text folgen wird, den Gesetzen zufolge, vom Beklagten gilt. *J. H. Boehmer* jus eccl. Prot. lib. 2. tit. 6. §. 7.

9) Grundsätze des ord. Proc. §. 466.

10) cap. 5. §. 1. X. ut lite non contest.

11) *cap. 41. X. de testib. et attestat. Ne probationis copia pereat, citato adversario, recipiuntur et publicantur testes, quos reus induxit.*

Zwar ist in der Stelle selbst von dem Beklagten nicht, überhaupt nicht von der Rolle, die derjenige, der diese Maaßregel begehrt, im Proceß übernehmen wird, ja von dem Proceß selbst nicht die Rede. Die Stelle ergiebt bloß, daß, ohne Rücksicht auf die Art des Gebrauchs, Jemand über gewisse Sätze, woran ihm gelegen ist, daß deren Wahrheit einst bei Gericht erhelle, die Zeugen, die er darüber hat, zum ewigen Gedächtniß abhören lassen könne. Indessen, vom Kläger ist schon an einer andern Stelle die Rede gewesen; die Grundsätze, die dort vom Kläger aufgestellt sind, weichen von denjenigen ab, die hier aufgestellt werden; was hier bewiesen werden soll, sind Thatsachen, welche zur Vertheidigung gegen die Ansprüche andrer dienen werden; es scheint daher, die Stelle sey, nach dem Beispiel der Glossographen in der vorangeschickten Summa, auf den Beklagten zu beziehen. Der Beklagte also, oder vielmehr derjenige, welcher besorgen muß, es einst zu werden, kann seine Zeugen zu jeder Zeit abhören lassen. Er kann, zum Behuf seiner Vertheidigung gegen künftige Angriffe, begehren, daß über Thatsachen, in Ansehung deren ihm daran gelegen ist, daß sie als wahr erkannt werden, bloß, weil es möglich ist, daß sie einst bei Gericht bestritten werden, die Zeugen, die davon wissen, bei Zeiten von Ge-

---

Significavit nobis presbyter sancti N. Sabinen. dioecesis, quod fundatores ejusdem ecclesiae liberam eam esse volentes, fundationis tempore se in ea nihil juris retinere dixerunt. Unde timens, ne processu temporis probationis copia valeat deperire, provideri super hoc idem presbyter postulavit. Quocirca mandamus, quatenus testes idoneos, quos ipse super hoc duxerit producendos, examines diligenter, et eorum dicta in publica redigi facias monumenta, denuntiando fundatoribus ante dictis vel eorum heredibus, ut receptioni testium, si velint, intersint: et super denuntiatione sic facta, confici facias publicum instrumentum.

Gerichtswegen vernommen werden, damit ihre Kenntniß erhalten bleibe, ihm nöthigenfalls der Beweis nicht fehle. Ich glaube jedoch nicht, daß man die probatio in perpetuam rei memoriam von Seiten des Beklagten gerade auf Einreden beschränken kann, wiewohl dies, wie es mir scheint, ohne hinlänglichen Grund zu geschehen pflegt. Eben so gut, wie seine Einreden, kann ja dem Beklagten daran gelegen seyn, das Gegentheil dessen, was der Kläger zu beweisen hat, darzuthun, ehe die Mittel des Beweises, die ihm in dieser Hinsicht zu Gebote stehen, sich verlieren.

Von einer Beschränkung in Ansehung der Zeit ist bei dieser *probatio in perpetuam rei memoriam* von Seiten des Beklagten überall nicht die Rede. Er wird wenigstens vor erhobener Klage immer dazu schreiten können; nach erhobener Klage wird man, nach dem Geist des Canonischen Rechts, ihm diese Befugniß absprechen müssen, wenn es an ihm liegt, daß es nicht zur Litiscontestation und damit zur ordentlichen Beweisführung kommen kann.

Aber besonders merkwürdig ist es, daß bei dieser *probatio in perpetuam rei memoriam* von Seiten des Beklagten auch von einer besondern Gefahr, wie sie sich aus dem Alter der Zeugen, deren Leibesbeschaffenheit u. s. w. ergiebt, mit keiner Sylbe die Rede ist. Der Beklagte kann verlangen, daß das Zeugenverhör durch den Richter aufgenommen werde, damit ihm dies Beweismittel nicht verloren gehe, heißt es in der hieher gehörigen Stelle des Canonischen Rechts, nicht aber, wenn, *in concreto*, zu besorgen ist, es werde ihm verloren gehen. Es ist wunderbar, daß einigen Auslegern dies entgehen konnte, obgleich der Satz so klar vor Augen liegt. Sie

verfielen wahrscheinlich nicht darauf, weil sie im Stillen voraussetzten, die Bedingung, die für den Kläger geschrieben ist, müsse, nach dem Gesetz der Gleichheit, auch für den Beklagten gelten. Allein, ein wenig Nachdenken, und es würde ihnen bald klar geworden seyn, daß man beide ohne Ungerechtigkeit nicht auf gleichen Fuß behandeln könne. Weil der Beklagte die Klage erwarten muß, es sich damit lange verzögern kann und man nicht vorherzusehen im Stande ist, wie lange, so ist hier die Gefahr des Verlustes immer vorhanden. Es könnte nun zwar der Beklagte sich gegenwärtig einer provocatio ad agendum ex lege diffamari bedienen; allein man kann ihm doch nicht gerade zumuthen, durch Herausforderung sich das Uebel eines Processes zuzuziehen, dem er außerdem entgangen seyn möchte, und einen Gegner vom Schlummer zu erwecken und zum Kampf aufzuregen, der, sich selbst überlassen, vielleicht fortwährend ruhig geblieben wäre. Es ist also, selbst nach den Gesetzen, wie sie sind, nur der Kläger, dessen Beweisführung zum ewigen Gedächtniß an die Bedingung des, aus besondern Gründen, zu besorgenden Verlustes des Beweismittels gebunden ist. Die meisten, die von der probatio in perpetuam rei memoriam geschrieben haben, haben es sehr wohl bemerkt, daß nur der Kläger, wenn er zu dieser Beweisführung zugelassen werden will, besondere Gründe der Gefahr des Verlustes anzugeben und zu beweisen nöthig hat; vom Beklagten hingegen lehren sie, er sey ohne Unterschied zu dieser Beweisführung zuzulassen [12]); sie nehmen indessen zum Theil an, daß nach

---

12) S. *Stryck* de jure sensuum diss. 8. c. 2. nr. 17. sq. *J. H. Boehmer* jus eccl. Prot. lib. 2. tit. 6. §. 8. *Hellfeld* juris pr. for. §. 1148. Thibaut System des Pandectenrechts §. 1205.

erhobener Klage von ihm dasselbe, wie vom Kläger, gilt [13]); und wiewohl sich hiergegen noch einige leise Zweifel in mir regen, will ich ihnen, in Erinnerung an das Gesetz der Gleichheit, unter den vor Gericht streitenden Theilen, nicht widersprechen. —

Die Lehre des Canonischen Rechts von der Beweisführung zum ewigen Gedächtniß ist bei uns in ihrer ganzen Reinheit nicht mehr anwendbar. Der alte, als Regel aufgestellte, Grundsatz: vor Anfang des Processes oder vor der Litiscontestation dürfen keine Zeugen durch den Richter abgehört werden, es sey denn, aus besondern Gründen, zum ewigen Gedächtniß, hat jetzt keine Gültigkeit mehr. Zwar stellen manche diese Regel noch jetzt als geltendes Recht unverändert an die Spitze [14]). Andre stellen hingegen die Regel auf, daß keine Beweisführung vor dem Beweisinterlocut Statt finde, und handeln dann von der Beweisführung zum ewigen Gedächtniß, als die von dieser Regel eine Ausnahme mache [15]). Und allerdings muß auch gegenwärtig die Regel anders lauten und es kömmt nur noch darauf an, ausfindig zu machen, auf welchem Wege die Vorschrift des Canonischen Rechts mit dem, was gegenwärtig angenommen ist, zu vereinigen sey.

Ich habe schon an einem andern Orte [16]) die Bemerkung gemacht, wie der Römische Proceß keinen Ausspruch des Richters kennt, wodurch auf Beweis erkannt wird, und eben so wenig das Canonische Recht [17]). Allein, nach dem was

13) *Stryck* c. l. nr. 18. *J. H. Boehmer* c. l. Mehlen Anleitung zum gerichtl. Proceß §. 350.

14) *J. H. Boehmer* jus eccl. Prot. lib. 2. tit. 6. §. 1. *G. L. Boehmer* Princ. jur. can. §. 798. Danz Grunds. des ord. Proc. §. 466.

15) *Schaumburg* princ. prax. jur. lib. 1. sect. 2. membr. 3. cap. I. §. 2. Grollmann Theorie des gerichtl. Verfahrens §. 164.

16) Archiv für die civilistische Praxis. 5. Bd. S. 252. ff.

17) Das Letztere wird z. B. da-

bei uns gebräuchlich ist, geht der Beweisführung bekanntlich ein Interlocut des Richters vorher, wodurch bestimmt wird, wer zu beweisen habe und was zu beweisen sey. Diese Aenderung im gerichtlichen Verfahren macht nun, daß der bloße Umstand, daß durch die Verhandlungen der Parteien offenbar geworden, was unter ihnen streitig und also zu beweisen nöthig sey, nicht mehr ausreicht, und daß auch nach der Litiscontestation keine Beweisführung Statt finden kann, so lange nicht der Richter auf Beweis erkannt und sein Ausspruch Rechtskraft erlangt hat. Dies ist die jetzt gültige Regel, wovon die probatio in perpetuam rei memoriam, wo sie zulässig ist, um einstweilen die gewöhnliche Ansicht beizubehalten, die Ausnahme bildet. Es frägt sich nur, ob mit der Regel auch die Ausnahmen oder die Bedingungen, woran sie gebunden ist, sich anders gestalten müssen.

Die erste Bedingung, die aber nur für den Kläger geschrieben ist und wenigstens vor erhobener Klage von dem Beklagten nicht gilt, daß nämlich besondre Gefahr u. s. w. nachgewiesen wird, bleibt unverändert. Die zweite bestand darin, der Kläger müsse zur Zeit nicht klagen können, oder der Beklagte die Litiscontestation verhindern oder verzögern. Diese muß jetzt verändert werden und zwar kann sie nicht anders lauten, als daß man den allgemeinen Satz aufstellt, der bei

---

durch bestätigt, daß, wenn der Beklagte dem Kläger den Einwand entgegensetzt, er sey vom Kläger des Besitzes einer Sache eigenmächtig beraubt, das Canonische Recht von keinem Urtheil des Richters weiß, wodurch ihm der Beweis dieser Einrede aufgelegt würde, sondern das Gesetz selbst legt ihm den Beweis dieser Einrede auf und schreibt ihm eine Frist von 15 Tagen dazu vor und diese fangen von dem Tage zu laufen an, da er den Einwand macht. Es heißt nämlich *cap.* 1. *de rest. spol.* intra quindecim dierum spatium post diem, in quo proponitur, quod asserit, comprobabit.

jener Regel zum Grunde liegt: es muß an dem Kläger nicht liegen, daß es nicht schon jetzt zur ordentlichen Beweisführung kommen kann. Indessen wird von dieser Einschränkung, selbst in den Lehrbüchern, schwerlich noch die Rede seyn können. Denn, wer weiß es nicht oder hat nicht darüber klagen hören, wie langwierig der Weg Rechtens sey und wie der Zeitpunct der angestellten Klage und derjenige, da das Beweisinterlocut ergangen und rechtskräftig geworden ist, oftmals durch Jahre von einander geschieden sind, ohne daß doch dem Kläger dabei etwas zur Last gelegt werden kann. Das Canonische Recht setzt offenbar voraus, daß es nur von dem Kläger abhängt, ohne großen Verzug zur ordentlichen Beweisführung zu gelangen, oder, daß es bloß an dem Beklagten liegt, wenn der Kläger dies nicht kann. An dieser Voraussetzung wird es jetzt immer fehlen. Daß der Kläger Klage erhebt, der Beklagte die Klage beantwortet, dazu läßt sich freilich auch jetzt ohne großes Säumen gelangen. Allein, nun folgen noch die weitern Verhandlungen, Replik, Duplik, vielleicht gar Triplik, Quadruplik, Quintuplik u. s. w., und dann, nachdem diese geschlossen sind, soll erst der Richter den Ausspruch thun, welcher mit andern Sachen beschäftigt, vielleicht erst nach langem Verzuge dazu gelangt. Kömmt es aber dazu, so ist mit dem Inhalt seines Ausspruchs bald der Kläger, bald der Beklagte, ja nicht selten sind beide damit unzufrieden und die Frage über die Beweislast giebt zu einem besondern Streit Gelegenheit, der, durch mehrere Instanzen fortgeführt, vielleicht erst nach Jahren sein Ende erreicht. Kurz, man wird selten oder nie im Stande seyn, vorherzusagen, daß die Frage über die Beweislast so bald schon unabänderlich entschieden seyn werde, als es die hier vorauszusetzende Gefahr beim Verzuge nöthig macht.

Damit wir uns aber in dieser Materie nicht verirren,

scheint es nicht undienlich zu seyn, die Resultate noch einmal vor uns vorübergehen zu lassen.

Der Regel nach findet kein Zeugenverhör, überhaupt keine Beweisaufnahme unter Mitwirkung des Richters, vor der Litiscontestation und jetzt vor dem rechtskräftig gewordenen Beweisinterlocut Statt. Aber ausnahmsweise ist sie zulässig, wo die Umstände nöthig machen, in Zeiten darauf Bedacht zu nehmen, daß zu besorgender Nachtheil und besonders gänzlicher Verlust des Beweismittels verhütet werde. Die Gesetzgebung kennt eine solche Beweisaufnahme von Seiten des Richters vor der Litiscontestation — an deren Statt jetzt das Beweisinterlocut zu setzen ist — nur beim Beweise durch Zeugen; — was aber in den Gesetzen von Zeugen geschrieben ist, wendet man, wegen Gleichheit des Grundes, unter gleichen Umständen auch auf Urkunden und Augenschein an [18]). Das Canonische Recht erlaubt

1) dem Kläger, darauf anzutragen, daß in perpetuam rei memoriam solche Zeugen durch den Richter abgehört werden, deren Alter oder Kränklichkeit oder langwierige Abwesenheit die Besorgniß erweckt, daß ihr Zeugniß dem Kläger bei längerer Verzögerung entweder ganz entgehen oder zu der Zeit, wenn er desselben bedarf, so bald nicht zu haben seyn werde. Er kann, unter dieser Voraussetzung, schon vor Anstellung der Klage begehren, daß die Zeugen in perpetuam rei memoriam abgehört werden, wenn er zur Zeit noch nicht klagen kann; und nach erhobener Klage, wenn der Beklagte die Litiscontestation verzögert, überhaupt, wenn es an ihm nicht liegt, daß es nicht zur ordentlichen Beweisfüh-

---

18) *Schaumburg* princ. prax. jur. lib. I. sect. I. membr. 3. cap. 1. §. 2. nota 1.

rung, welche der Regel nach erst nach der Litiscontestation, und jetzt nach dem Beweisinterlocut, Statt findet, kommen kann.

2) Dem Beklagten ist vor erhobener Klage die probatio in perpetuam rei memoriam ohne Einschränkung erlaubt; nach erhobener Klage nur unter der Voraussetzung, daß es nicht an ihm liegt, daß es nicht schon jetzt zur ordentlichen Beweisführung kommen kann; eine Voraussetzung, wovon doch jetzt eben so wenig, wie beim Kläger, die Rede seyn kann, weil die Beweisführung erst nach dem Beweisinterlocut Statt findet, welches vom Richter ausgeht, und die Rechtskraft erst beschreiten muß.

So viel von dieser Materie nach den Gesetzen, wie sie sind. Nach den Gesetzen, wie sie seyn sollten, würde es, wie es mir scheint, das beste seyn, die ganze probatio in perpetuam rei memoriam in der bisherigen Art aufzugeben. Es fiele mit der Regel auch die Ausnahme hinweg und jedem streitenden Theil bliebe es freigestellt, sobald es ihm nöthig schiene, darauf anzutragen, daß über Thatsachen, welche auf seine Rechtsverhältnisse Beziehung haben, zur Erhaltung des Beweises, dieser von Gerichtswegen aufgenommen werde. Denn, jedem ist daran gelegen, daß dies so früh, als möglich, geschehe. Dies wäre sodann die probatio in perpetuam rei memoriam; sie selbst soll beibehalten werden, sie soll nur, um ihrem Zweck besser zu entsprechen, von den zu engen Schranken befreit werden, worin sie, zum Schaden der streitenden Theile, eingezwängt ist.

Es scheint zwar diese probatio in perpetuam rei memoriam etwas Anomalisches mit sich zu führen; sie scheint gegen die Regel zu verstoßen, weil eine Beweisführung geschieht, ehe der Streit einmal seinen Anfang genommen hat.

Allein, wenn wir die Sache näher ins Auge fassen, so ist sie so wenig Beweisführung, als Ausnahme von der Regel in Ansehung der Zeit des zu führenden Beweises. Sie ist vielmehr eine bloße Vorsichtsmaaßregel, ein Mittel, was vor dem Anfang des Processes und im Lauf desselben nebenher vorkommen kann, welches bloß darauf abzielt, einen Beweis sich für den Fall aufzubewahren, daß man in den Fall kommen möchte, einen Beweis führen zu müssen, welches für jetzt, bald mehr, bald minder wahrscheinlich, vielleicht auch bloß möglich ist. Die probatio in perpetuam rei memoriam ist ähnlich derjenigen Handlung, da von einer Urkunde, wegen ihres Alters und daher besorglichen Untergangs, von Gerichtswegen eine Abschrift genommen wird, welche die Stelle des Originals vertreten soll. Es soll dadurch die Wissenschaft der Zeugen durch das Mittel der Schrift erhalten, das vergängliche Beweismittel unvergänglich gemacht werden; daher auch der Name probatio *in perpetuam rei memoriam* passend genug ist und es noch mehr seyn würde, wenn statt probatio ein anderes Wort, etwa *examen testium* gesetzt würde. Die Frage vom Beweise und wer den Beweis zu führen habe, bleibt dabei ganz bei Seite gesetzt und zwar um so mehr, da es ja damit bloß auf einen Gegenbeweis abgesehen seyn kann [19]). Kommt es zum Proceß und im Proceß zur Frage nach dem Beweise, so ist es die Sache des Richters, ohne alle Rücksicht auf die probatio in perpetuam rei memoriam, auf Beweis zu erkennen und die Beweislast eben so zu vertheilen, wie er sonst gethan haben würde, und von der Partei hängt es ab, ob sie von der probatio in per-

19) Ich stimme daher ohne alles Bedenken in die Behauptung Martins, daß in der probatio in perpetuam rei memoriam keine Uebernahme der Beweislast enthalten sey. S. dessen Lehrbuch des Proc. §.315.

petuam rei memoriam Gebrauch machen will oder nicht. Der sich dieses Mittels bedient, will den Richter für jetzt nicht von der Wahrheit gewisser Behauptungen überzeugen; er will sich nur das Mittel dazu erhalten, falls er in den Fall kommen möchte, davon Gebrauch machen zu müssen und erst, wenn ihm der Beweis aufgelegt ist und er nun wirklich von diesem vorsichtig aufgesparten Mittel Gebrauch macht, wenn er, statt auf Abhörung der Zeugen anzutragen, weil diese schon abgehört sind, den Richter bloß bittet, das Zeugenverhörsprotocoll oder den rotulus examinis testium nachzusehen, erst dann kann man sagen, er führe Beweis durch Zeugen. Es ist also diese Handlung gar keine Abweichung von der Regel, weil es damit gar nicht auf eine gegenwärtige Beweisführung abgesehen ist, und Schaumburg [20]) z. B. irrt, wenn er sie als eine anticipirte darstellt; auch Grollmann [21]) scheint sich nicht richtig auszudrücken, wenn er hier von Beweisantretung spricht [22]). Hingegen kann die Regel rein, wie sie im Canonischen Recht lautet, immerhin beibehalten werden, daß man sagt, der Regel nach findet kein Zeugenverhör durch den Richter Statt, bevor man nicht in dem gerichtlichen Streit bis zu dem Stadio gelangt ist, wo Beweis zu führen ist; ausgenommen, wenn es zur Erhaltung des Beweismittels nöthig ist. Der Gebrauch einer solchen Vorsichtsmaaßregel, wodurch keine Rechte beeinträchtigt werden, wodurch Niemanden geschadet wird, muß billig nicht durch unnütze Einschränkungen geschmälert, noch eine Ungleichheit unter den strei-

20) Princ. prax. jur. c. l.

21) Theorie des gerichtl. Verfahrens §. 164.

22) Eben dies gilt von Hellfeld, welcher (Jurispr. for. §. 1148.) schreibt: probatio in perpetuam rei memoriam est *probatio* ob periculum *anticipando* eum in finem, ne pereat, *suscepta*. *Anticipata* haec *probatio* ob periculum admittitur etc.

tenden Theilen beobachtet werden [23]). Daß insonderheit bei Zeugen mit der Abhörung, ohne zu besorgende nachtheilige Folgen, nicht zu säumen sey, habe ich schon oben bemerkt.

Es ist hier noch eine Frage kurz zu erörtern und, wenn man will, nachzuholen. Bei welchem Richter sind die Zeugen in perpetuam rei memoriam abzuhören? Die Rechtsgelehrten sagen bei dem zuständigen, d. h. bei dem die Klage schon erhoben oder zu erheben ist [24]). Von dieser Regel läßt J. H. Böhmer [25]) drei Ausnahmen zu und Danz [26]) folgt ihm darin. Ausnahmen finden nämlich, nach ihnen, statt 1) in summarischen Sachen, 2) wenn Gefahr auf dem Verzuge haftet, und dies kann hier wohl nichts anders heißen, als wenn die besorgliche Gefahr so nahe ist, daß nicht einmal so viel Zeit übrig bleibt, den competenten Richter, von dem man voraussetzen muß, daß er entfernt seinen Richterstuhl hat, anzutreten; endlich 3) wenn unter mehrern Richtern die Jurisdiction streitig, oder wenn es streitig ist, an welchen Oberrichter die Sache erwachsen sey, also überhaupt,

---

23) Wie es einem häufig begegnet — so sind auch schon andre vor mir auf ähnliche Ideen verfallen. (Es kann auch nicht wohl anders seyn). Daß es mit der probatio in perpetuam rei memoriam nur auf Erhaltung des Beweises abgesehen sey und die ganze Handlung nicht sowohl als eine processualische, sondern vielmehr als eine der s. g. freiwilligen Gerichtsbarkeit angehörige anzusehen sey, bemerkten schon Reibnitz Ideal einer Gerichtsordnung erster Theil, S. 309. Mittermaier Beiträge zur Lehre vom anticipirten Beweise §. 9. (Archiv für die civilistische Praxis Band 1.) Linde Lehrbuch des deutschen gemeinen bürg. Proc. §. 219. Der zuerst erwähnte Schriftsteller ist gleichfalls der Meinung, daß es besser sey, wenn die Partei nicht nöthig habe, die Gründe, aus denen sie die Maaßregel für nöthig hält, nachzuweisen. S. Reibnitz a. a. O.

24) *Ruland* de commiss. p. 2. lib. 1. cap. 2. nr. 3. *Mev.* P. 8. dec. 281. nr. 3. *J. H. Boehmer* jus eccl. Prot. lib. 2. tit. 6. §. 11.

25) c. l. §. 12.

26) Grundsätze des ord. Proc. §. 466.

wenn es ungewiß ist, wer der competente Richter sey (si de fori competentia et devolutione causae appellationis adhuc disputatur). Die erste Ausnahme scheint eines hinlänglichen Grundes zu ermangeln; gegen die zweite, die namentlich auch Mevius statuirt [27]), so wie gegen die dritte wird wohl Niemand etwas einzuwenden haben. Aber ob die Regel selbst ihren Grund habe, daran kann noch sehr wohl gezweifelt werden. Da nämlich die ganze Handlung, von dem Proceß geschieden, keinen Theil desselben ausmacht und die probatio in perpetuam rei memoriam keine Beweisführung ist, sondern es bei dieser Handlung nur darauf ankommt, die Wissenschaft der Zeugen durch die Schrift stehend zu machen und das Beweismittel zu erhalten; so scheint es völlig gleichgültig zu seyn, ob der competente Richter das Beweismittel aufnimmt oder irgend ein andrer. Allein, auf der andern Seite ist zu erwägen, daß die probatio in perpetuam rei memoriam zu einem bereits anhängigen oder doch anhängig zu machenden Streit in Beziehung steht, daß sie mit Rücksicht auf einen, in diesem Streit etwa zu führenden, Beweis unternommen wird und daß es doch immer gut ist, wenn derselbe Richter, der das Urtheil fällen soll, auch die Zeugen selbst gehört hat. Was hier aber noch besonders in Betrachtung kömmt, ist, daß die Handlung nicht zur Jurisdictio mere voluntaria gehört. Der Abhörung geht nämlich eine Untersuchung über die Zulässigkeit dieser Maaßregel vorher; sie erfordert also Zuständigkeit des Richters; und dies ist gerade der Grund, den die Alten dafür anzuführen pflegten, wenn sie den Satz aufstellten, daß die Abhörung bei dem, für die Hauptsache competenten, Richter geschehen

---

27) *Mevius* c. l.

müsse [28]). Es fehlt dann nur noch der letzte Grund oder vielmehr derjenige, welcher gerade diesen Richter zum competenten macht, und das scheint dann die *connexitas causarum* zu seyn. Daß es in allen Fällen wenigstens rathsam sey, dem für die Hauptsache zuständigen den Vorzug zu geben, wird wohl jeder einräumen.

---

28) S. *J. H. Boehmer* c. l.

IX.

Befreit Notorietät vom Beweise? Imgleichen von der Beweiskraft der Geschichtschreiber.

Im November 1826.

Der Ausdruck notorium bezeichnet das, was anzeigt oder bekannt macht; ward aber in späterer Zeit auch von den Römern schon für *manifestum* gebraucht, wie Vossius uns lehrt [1]). In diesem letzten Sinn nimmt den Ausdruck das Canonische Recht und versteht unter notorium, was offenbar, unzweifelhaft, was allgemein bekannt ist.

Was nun allgemein bekannt ist, das, sagt an mehreren Stellen [2]) das Canonische Recht, hat man nicht erst nöthig, zu beweisen. Dasselbe wiederholen, unter Berufung auf das Canonische Recht, die Rechtsgelehrten; nur nicht alle.

Zwar, die Alten pflegten ohne Bedenken unter den Dingen, die keines Beweises bedürfen, die Notoria obenan zu stellen. Sie waren nur darüber nicht einig, wenn die Notorietät bestritten würde, was dann bewiesen werden müsse? Einige sagten, die Thatsache; andre, die Notorietät. Richtiger wäre es wohl gewesen, wenn man gesagt hätte, keins von beiden. Denn, ob etwas notorium sey, kann

---

1) *Vossius* de vitiis sermonis lib. 3. cap. 29. p. 570.

2) cap. 10. X. de filiis presbyt. ordinandis. cap. 3. X. de test. cog. cap. 3. X. de eo, qui cogn. cap. 9 X. de accusat. cap. 23 X. de elect. cap. 21. X. de jurejur.

doch nur zur Beurtheilung des Richters gestellt seyn, des Richters, von dem geschrieben steht, judici sit probatio, und der zu beurtheilen hat, ob es des Beweises bedürfe. Müßte aber etwas bewiesen werden, so würde es wenigstens die Notorietät nicht seyn. Denn, was bei Gericht zu beweisen ist, sind die Thatsachen, nicht die Nachrichten, die andre davon haben. Auch würde ja, nach einer Bemerkung, die sich wohl jedem aufdringt und man nicht erst von J. H. Böhmer [3]) hören darf, wäre die Notorietät zu beweisen, derjenige, der dadurch vom Beweise befreit werden soll, schlimmer noch daran seyn, wie jeder andre, weil es, wenigstens in den meisten Fällen, leichter seyn wird, die Sache selbst zu beweisen, als die allgemeine Kunde. Ja, man kann wohl sagen, daß ein solcher Beweis so gut als unmöglich seyn würde; denn da es hier darauf ankömmt, daß alle etwas wissen, so würde es nicht genug seyn, den Mevius und Titius zu befragen, als welche nur ihre eigne Wissenschaft bezeugen können, sondern es müßten alle vernommen werden. Man kann nicht einmal mit Schneider annehmen, daß der eine Beweis, nämlich der Beweis der Notorietät, wenn dieser möglich wäre, die Stelle des andern, der Thatsache nämlich, vertreten könne. Das Notorische kann wohl vom Beweise befreien, es kann aber kein Gegenstand des Beweises seyn; es verschmäht jeden Beweis. Muß etwas erst bewiesen werden, so ist es nicht notorisch, folglich existirt es nicht als notorium und befreit nicht vom Beweise, wie er sonst zu führen gewesen wäre, also der Thatsache.

Unter den neueren Schriftstellern verwirft der, den ich eben nannte, Schneider, die von der Beweislast befreiende No-

3) Jus eccl. Prot. lib. 2. tit. 19. §. 2.

Notorietät eben nicht [4]), wohl aber verwerfen sie, mehr oder weniger, Grollmann [5]) und Weber [6]).

In der That scheint der Wissenschaft an einer Lehre dieser Art wenig zu liegen; ihr ist es um feste, sichere Sätze zu thun; der Begriff des Notorischen ist aber sehr schwankend und unbestimmt; Streben nach Vollkommenheit erregt den Wunsch, sie aus der Wissenschaft verbannt zu sehen. Zieht man aber die Erfahrung zu Rathe, so scheint es fast, als ob diese Lehre für den Gebrauch so ganz übel nicht sey und man sich damit bisher in der Anwendung recht gut zurecht gefunden habe. Ueberhaupt wird man vielleicht die Bemerkung machen, daß es viele Fälle giebt, wo die strenge Rechtsregel für den Gebrauch des gemeinen Lebens sich nicht so nützlich bewährt, als die Abweichung davon. Es scheint mir auch unglaublich, daß, wie J. H. Boehmer annimmt, die Päbste die Lehre von der Notorietät auf die Bahn gebracht haben sollten, um abweichende Lehrmeinungen auf dem kürzesten Wege zu unterdrücken [7]). Unglaublich scheint mir dies zu seyn, soweit es die Befreiung von der Beweislast betrifft — da das Canonische Recht der Notorietät auch noch andre Wirkungen beilegt. — Denn, Irrlehren in der Geburt zu ersticken, daran konnte ihnen doch nur dann gelegen seyn, wenn ausgemacht war, daß dergleichen wirklich gelehrt wurden. Vielmehr ist es eine ganz natürliche Vorstellung des gemeinen Menschenverstandes, daß etwas, was allgemein bekannt ist, keines Beweises bedürfe. Und es ist

---

4) Schneider vollständige Lehre vom rechtl. Beweise §. 6.

5) Theorie des gerichtl. Verfahrens §. 82. b.

6) Ueber die Verbindlichkeit zur Beweisführung S. 44. folg.

7) *J. H. Boehmer* jus eccl. Prot. lib. 2. tit. 1. §. 7.

dies nicht das erste Mal, daß das Canonische Recht bloß die einfachste Vorstellung, die Ansicht des gemeinen Menschenverstandes zum Rechtssatz erhebt. Ob es nun besser sey, solchen einfachen Vorstellungen zu folgen, oder mehr gekünstelten, ist noch die Frage. Will man alles haarscharf nehmen, dann kömmt man in gerichtlichen Dingen nicht aus der Stelle. Soll einmal der Richter immer nur als von dem Menschen geschieden erscheinen, der nichts weiß, als was die Acten ersehen lassen, was würde aus der strengen Anwendung dieses Satzes nicht alles folgen? Wenn es z. B. einem einfiele, den Satz zu bestreiten, ob in der Stadt eine Kirche steht, welche der Jungfrau Maria gewidmet ist, ob diese Kirche einen Thurm hat, ob auf der Spitze dieses Thurms ein Kreuz ist, ob sich in der Stadt ein Rathhaus befindet u. s. w., so müßte, sollte er auch an demselben Ort seinen Sitz haben, der Richter erst Erkundigung darüber anstellen, sich an Ort und Stelle begeben, den Augenschein einnehmen und dies würde nicht einmal hinlänglich seyn. — Oder es wäre Krieg und es befänden sich Feinde im Lande, so müßte, im Fall es bestritten würde, der Richter auf Beweis erkennen, daß wirklich Krieg sey, Feinde im Lande seyen oder gewesen seyen u. s. w. Als Richter weiß er das alles nicht und weiß es auch nicht aus den Acten. Gewiß ist aber, daß in unsern Tagen eine solche Lehre nicht würde haben entstehen können. Der Schulwitz hätte sie nicht aufkommen lassen, der doch, wenn er nicht überläßig werden soll, sich begnügen muß, statt sich bereit zu machen, bloß nachzuhelfen.

Selbst, was Verbrechen betrifft, glaube ich eben nicht, daß die Lehre von der Notorietät in dieser Sphäre durchaus gar nicht sollte zur Anwendung kommen können. Der Rich-

ter wird nur in diesen wichtigen Dingen doppelt behutsam seyn müssen, nichts für notorisch anzunehmen, als was es wirklich ist, und, wenn Beweise zu haben sind, lieber ein Uebriges, als zu wenig thun. Wo es ohne Bedenken geschehen kann, werden notorische Thatumstände bei der Untersuchung in Betrachtung kommen und selbst auf das Urtheil von Einfluß seyn können. Nur das Verbrechen selbst wird freilich nicht als ausgemacht angenommen werden können, sollte auch der Verbrecher auf der That betreten seyn und zwar um so weniger, da es hier nicht bloß auf die That an sich ankömmt, sondern auf die Umstände und den Grad der Verschuldung. Ginge es nach Canonischem Recht, so würde auch in Ansehung des Verbrechens selbst die Notorietät den Ankläger oder Richter der Nothwendigkeit des Beweises überheben; ja es würde nicht einmal einer gerichtlichen Untersuchung bedürfen [8]) und man wird wohl kein allgemeines Deutsches Gesetz nachweisen können, wodurch dies geradezu aufgehoben wäre. Die Carolina verordnet indessen im 16. Artikel, der gerade von delictis *notoriis* im Sinne des Canonischen Rechts zu handeln scheint [9]), daß man in Fällen dieser Art die Folter in Anwendung bringen und den Versuch anstellen soll, den Verbrecher durch die scharfe Frage zum Geständniß zu bringen.

In solchen Fällen zeigt sich das Fortschreiten der Zeit, welche hier kein andres Verfahren duldet, als das gewöhnliche. Vollends versteht es sich von selbst, daß man den Beschuldigten über die Beschuldigung erst hören müsse. So ward z. B. Luther auf dem Reichstage zu Worms gefragt, ob er sich

8) cap. 21. X. de jurejur. cap. 8. X. de cohab. cler. cap. 15. X. de purg. can. cap. 24. in fine X. de appell. cap. 23. X. de appell. — 9) *Boehmer* ad art. 16. C. C. C. §. 2.

zu den Schriften, die unter seinem Namen ausgegangen, deren Titel ihm vorgelesen wurden, bekenne.

Was aber Civilsachen betrifft, so lehrt **Weber**, es könne der Richter von der Notorietät gewisser Ereignisse 1) Veranlassung hernehmen zu provisorischen Maaßregeln, 2) bei Thatsachen, welche **beiläufig** in einem Rechtsstreit vorkommen, den darüber im Publicum vorhandenen Nachrichten ihre Glaubwürdigkeit zugestehen. Sobald aber irgend ein Factum als Grund einer Klage oder Einrede vorkomme und vom Gegner bestritten werde, so müßten Beweise darüber geführt und diese zu den Acten gebracht werden. Denn der Richter dürfe nur nach den Acten, nicht aber nach seiner Privatkenntniß der Thatsachen urtheilen. Wenn der Gegner die Notorietät bestreite, müsse, den Rechtsgelehrten zufolge, ja doch Beweis geführt werden; bestreite er sie nicht, so sey die Behauptung zugestanden und bedürfe schon deshalb des Beweises nicht. Kurz, die ganze Lehre von der Notorietät sey unnütz. Das Ansehen des Canonischen Rechts reiche nicht hin, sie aufrecht zu erhalten u. s. w.

Das Canonische Recht stellt den Satz auf, ein Factum bedarf des Beweises nicht, wenn es notorium ist — *quod si factum est notorium, non eget testium depositionibus declarari, cum talia probationem vel ordinem judiciarium non requirant* [10]), — und darüber können wir uns nicht hinwegsetzen. Wir müssen ihn gelten lassen, wenn wir ihn auch nicht billigen. Wir werden ihn aber billigen, uns mit ihm aussöhnen, ihn nicht länger für unnütz erklären, wenn wir uns über die Bedeutung des Satzes gehörig verständigen.

---

10) cap. 3. X. de test. cog.

Damit wir uns gleich Anfangs auf den rechten Standpunct stellen, so dürfen wir nicht mit einander verwechseln Privatkenntniß des Richters — Gerücht — Notorietät. Auf die Privatkenntniß des Richters kann es bei einem Rechtsstreit gar nicht ankommen und wenn der Richter zufällig bei einem Vorfall gegenwärtig war, der hernach bei Gericht zur Sprache kömmt, und weiß, was es damit für eine Bewandniß habe, so kann er freilich nicht sagen, es bedarf des Beweises nicht, weil mir die Sache bekannt ist. Ist der Richter von der Sache aus eigner Erfahrung unterrichtet, so kann er darin als Zeuge vernommen werden und muß, gleich jedem anderen Zeugen, seine Aussage mit einem Eide bestärken, wenn ihm geglaubt werden soll, wird aber dadurch zugleich unfähig, in dieser Sache sein Amt zu verwalten, weil Niemand die beiden Functionen des Richters und des Zeugen in sich vereinigen kann. Setzt er also das Richteramt fort, so muß er von seiner Privatkenntniß gänzlich abstrahiren. Hier wird es mit Recht heißen: Quidquid non est in actis, non est in mundo. Auch mit einem bloßen Gerücht ist das Notorische nicht gleichbedeutend. Das Canonische Recht unterscheidet *fama* und *notorium* [11]) und auch wir pflegen an etwas anderes zu denken, wenn von dem Gerücht die Rede und an etwas anderes, wenn von der bekannten Sache. Niemand wird sagen, es sey ein Gerücht, daß bei Austerlitz, Jena, Eylau, Leipzig u. s. w. Schlachten vorfielen; Niemand wird sagen, es geht die Rede, daß es ein Land in Europa giebt, was Spanien heißt, eine Hauptstadt darin, die Madrid heißt, und ein Fluß dabei, welcher der Manzanarez

11) cap. ult. X. de cohab. cler.

genannt wird u. s. w. Von einem Gerücht pflegt nur die Rede zu seyn, so lange die Sache noch irgend zweifelhaft seyn kann. Es giebt aber, außer den unsichren Gerüchten, gar viele Nachrichten, die nicht auf Einem Wege zu uns gelangen, die sich bald von allen Seiten bestätigen, durch nachfolgende Ereignisse bestärkt werden, in allem, was wir wissen oder erfahren, verwebt sind, denen Niemand widerspricht, an deren Wahrheit kein Mensch zweifelt. Dies ist das Notorische oder, was in engern oder weitern Kreisen alle Menschen wissen, was ausgemacht ist, so, daß kein Vernünftiger an der Wahrheit zweifeln kann; was Stadt — Land — Weltkundig ist. Der Pabst sagt, notorisch sey dasjenige, quod ita *publicum* (publice notum, erklärt es J. H. Böhmer) est vel manifestum et evidens, ut tergiversatione aliqua celari nequeat [12]) und gemäß diesem Begriff, unterscheidet er [13]) mehrere Arten des Notorischen; — es könne etwas notorisch seyn durch Urtheil, Geständniß, *evidentia rei* — und die Rechtsgelehrten sagen: *acta* faciunt notoria; *sententia* inducit notorium etc.; allein, nach der reinen und echten Bedeutung des Worts ist *notorium*, wie J. H. Böhmer mit Recht lehrt, *id, de quo publice constat* [14]). Was die Acten, Geständniß, Urtheil ersehen lassen, kömmt nur darin mit dem Notorischen überein, daß es ausgemacht und keinem Streit weiter unterworfen ist. Und das ist nun eben ein wesentliches Merkmal des Notorischen, und dadurch unterscheidet es sich von dem bloßen Gerücht, daß

---

12) cap. 8. et fin. X. de cohab. cler. cap. 3. X. de divortiis. cap. 21. X. de jurejur. cap. 24. in fine X. de V. S. cap. ult. de temp. ord. cap. 15. C. 2. qu. 1. *J. H. Boehmer* jus eccl. Prot. lib. 2. tit. 1. de jud. §. 9.

13) Im cap. ult. X. de cohab. cler.

14) *J. H. Boehmer* jus eccles. Prot. lib. 2. tit. 1. §. 9.

an der Wahrheit der Sache kein Zweifel Statt findet. Der Pabst, indem er warnt, das wirklich Ausgemachte nicht mit dem Scheinbaren zu verwechseln — multa videntur notoria, quae non sunt — setzt hinzu: providere debes, *ne*, *quod dubium est*, pro *notorio videaris habere* [15]). Er setzt also das *Notorium* dem *dubium*, die sichere Nachricht dem Gerücht entgegen. In Fällen dieser Art bedarf es des Beweises nicht, selbst, wenn der Satz zur Begründung der Klage oder Einrede gehört. Wollte der Richter in Fällen dieser Art auf Beweis erkennen, so würde dieser Beweis, wenn der Vorfall sich nicht gerade in der Nähe zugetragen hätte, nicht nur oft mit den größten Schwierigkeiten und vielen Kosten verbunden seyn, sondern der Richter würde sich dadurch auch zum Mährchen von Stadt — Land — Welt machen. Es scheint dies nun zwar gegen den Satz zu verstoßen, quidquid non est in actis, non est in mundo; allein, dieser Satz kann nichts beweisen, bedarf vielmehr selbst des Beweises, weil ihn nicht die Gesetze aufstellen, sondern die Rechtsgelehrten, wenigstens müßte erst bewiesen werden, daß er wirklich so allgemein gilt, wie die Worte lauten. Daß dies nicht der Fall sey, beweis't im Gegentheil das Gesetz, welches sagt, das Notorische, d. h., unter andern, was die Welt (im Kleinen oder Großen) weiß — ich sage, unter andern, weil das Canonische Recht noch mehr darunter begreift — bedarf keines Beweises. Will man daher diesen Satz, der die Uebertreibung an der Stirne trägt, als Regel aufstellen, so muß man wenigstens das Notorische von dieser Regel ausnehmen.

---

15) cap. 14. X. de appell.

Also, es bleibt dabei, das Notorische bedarf keines Beweises, möge es nun nach dem Unterschiede, den die Alten zu machen pflegten, facti permanentis oder transeuntis seyn. Vorausgesetzt wird immer, daß das Factum, wovon die Rede ist, der Richter als ein öffentliches, allgemein bekanntes, kennt. Sowie es aber nicht nöthig ist, daß der Richter die Begebenheit aus eigner Erfahrung kennt, wiewohl es nicht schaden kann, wenn es nur eine allgemein bekannte ist, so ist es auch nicht nöthig, daß sie sich in seiner Stadt, seinem Lande, überhaupt in seiner Nähe zugetragen habe. Auch, was sich im Auslande, auch selbst, was sich in andern Welttheilen zugetragen, kann dem Richter als eine allgemein bekannte Sache bekannt seyn. Nur wird bei sehr entlegenen Ländern seltener und bei Ländern, zwischen denen wenig Verkehr ist und woher alle Nachrichten unsicher sind, sehr selten von Notorietät die Rede seyn können. Ob nun aber, so wenig als der Abstand des Raums, eben so wenig auch der Abstand der Zeit die Möglichkeit der Notorietät aufhebe, darüber werde ich bald besonders zu reden Gelegenheit haben.

Gar nicht erforderlich ist, daß der Gegner die Notorietät zugesteht, gleichwie es auch an sich gleichgültig ist, ob er sie bestreitet. Es kömmt bloß darauf an, ob ein gewisser Thatumstand wirklich ein factum notorium sey und dies hängt nicht von dem Zugeständniß der Partei, sondern, wie ich gleich Anfangs sagte, von der Beurtheilung des Richters ab. Gleichwie man zu sagen pflegt: *jura novit curia,* also auch könnte es füglich heißen: *facta notoria novit curia.* Es ist daher nicht einmal nöthig, daß die Partei etwas als *notorium* anführt, sich auf das Notorium beruft; und die Alten lehrten mit Recht, daß *notoria* keiner Anführung bedürfen und der

Richter schon ex officio darauf Rücksicht nehmen müsse [16]). Wendet der Gegner ein, ihm sey von der Sache nichts bewußt, so kann man ihm antworten, er möge sich nur darnach erkundigen oder: Tu solus ignoras, quod omnes in civitate sciunt? (Worte der L. 9. D. de juris et facti ign., die übrigens an sich nicht hieher gehört; die Worte sind dort in andrer Beziehung ausgesprochen.) Bestreitet er die Wahrheit der Begebenheit, so kann bei solchen Thatumständen, die wirklich notoria sind, darauf keine Rücksicht genommen werden. Nur dann verdient sein Widerspruch Aufmerksamkeit, wenn man sieht, daß er nicht aus bloßem Eigensinn widerspricht oder bloß, um zu widersprechen, er vielmehr wirklich triftige Gründe hat, die Wahrheit der Sache in Zweifel zu ziehen, Gründe, deren Gewicht den Richter gleichfalls zweifelhaft macht. Also, Beweis ist nicht deshalb zu führen, weil die Notorietät bestritten wird (das wäre sehr gleichgültig und es würde ja dadurch in die Gewalt eines streitenden Theils gegeben seyn, den ganzen Rechtssatz umzustoßen), sondern, weil es dem Gegner gelingt, den Richter dahin zu bringen, an der Wahrheit der Thatsache zu zweifeln, so daß sie für ihn nicht mehr eine ausgemachte ist, kurz, aufhört, ein factum notorium zu seyn.

Es wird sich aber mit der Notorietät in der Anwendung nur auf die Begebenheiten im Allgemeinen beschränken und sich nicht auf die näheren Umstände erstrecken, unter denen sie geschahen. Nicht, als ob diese von der Notorietät gerade ausgenommen wären, sondern, weil gerade in den näheren Umständen die Angaben und Nachrichten von ein-

---

16) *Mev.* P. 6. dec. 50.

ander abzuweichen pflegen und man von ihnen gewöhnlich nicht sagen kann, daß sie allgemein bekannt, daß sie ausgemacht, unzweifelhaft sind. Wenn es z. B. in einem Proceß darauf ankäme, ob jener Kaiser oder König gestorben sey, so würde dies als etwas allgemein Bekanntes keines Beweises bedürfen. Wenn aber über die Art seines Todes gestritten würde, so könnte dies, ob man gleich wohl wüßte, wie es damit zugegangen, zur Zeit wenigstens nicht für notorisch gelten. Und käme es gar auf die näheren Umstände an, unter denen er starb, so würde vollends von Notorietät nicht die Rede seyn können.

Eine andre verwandte Frage ist nun, wie Begebenheiten, die der Geschichte angehören, Ereignisse, die sich in alter Zeit zugetragen haben, so daß keine Menschen leben, die davon zeugen können und besonders, wie die näheren Umstände solcher Begebenheiten zu beweisen sind [17]).

Die Alten stehen nicht an, den Geschichtschreibern Beweiskraft beizulegen, und leiten dies daraus her, daß man in antiquis, da man die Wahrheit auf andre Art nicht ausmitteln könne, mit Beweisen von geringerem Gehalt zufrieden seyn müsse; fehle es an anderen Beweismitteln nicht, so bewiesen

17) Ob die Geschichtschreiber bei Gericht Glauben haben, den viele ihnen nicht einmal außergerichtlich zugestehen wollen, ob ihre Zeugnisse oder, wenn man lieber will, ihre Bücher, Lebensbeschreibungen, Leichenprogramme in rechtlichen Angelegenheiten, wenn es auf die Wahrheit geschichtlicher Thatsachen ankömmt, beweisen; mit dieser Frage haben sich die Alten viel beschäftigt, ohne daß die Neuern, die ihre Wissenschaft aus Compendien oder gangbaren Handbüchern kennen, davon einmal eine Ahnung zu haben scheinen. *Klockius* tract. de quaest. an et quatenus scripta historica probent in judicio. *Eisenhart* de fide historica. *Thomasius* de fide juridica. *Menken* diss. de eo, quod justum est circa testimonia historicorum.

sie auch nicht; eben so, wie in antiquis auch das bloße Gerücht beweise, also bewiesen auch die Geschichtschreiber; sie hätten mithin bei Gericht nicht bloß, wie einige wähnten, *vim ornandi,* sondern *probandi.* Es komme jedoch in einzelnen Fällen immer darauf an, wer etwas bezeuge und wie weit ihm zu trauen sey; schon bei einem gewöhnlichen Zeugen sey honestas atque existimatio [18]) et summa atque integra opinio erforderlich [19]); ferner, ob er als Augenzeuge erzähle, wie Thucydides, Xenophon, Procop, oder auf den Glauben anderer; wiewohl auch ein Schriftsteller der letztern Art nicht zu verwerfen sey, verdiene doch jener größern Glauben; ob er Grund hatte, die Wahrheit zu entstellen, aus Gunst, Haß, Vaterlandsliebe u. s. w. oder keinen; — ob er etwas für gewiß erzähle oder als zweifelhaft; — ob einer etwas berichte oder mehrere; mehrere bewiesen natürlich mehr, als einer; fortius probare testimonia, quam *testimonium;* — ob die Erzählung innere Glaubwürdigkeit habe oder nicht; — ob der Geschichtschreiber im Weltgewühl oder (als doctor adumbraticus) in der Dunkelheit lebte; ob er Zugang zu öffentlichen Archiven hatte oder nicht u. s. w. — und hiernach werde er bald mehr, bald weniger Glauben verdienen. Daß der Schriftsteller sich nicht genannt habe, schade nicht immer; dabei könne Furcht vor Verfolgung u. s. w. zum Grunde liegen. Auch der Umstand, daß einzelne Angaben unrichtig erfunden würden, könne dem Schriftsteller den Glauben nicht ganz nehmen; hin und wieder einmal zu irren, könne auch dem Besten begegnen; nur wer in den meisten Dingen falsch erfunden werde, nur der verliere allen Glauben. Nicht bloß

---

18) L. 21. §. 3. D. de test. | 19) L. 18. C. eod.

das Zeugniß, das ausdrückliche, der Geschichtschreiber beweise; auch ihr Schweigen könne beweisen; das Schweigen gleichzeitiger Schriftsteller sey oft sehr bedeutend — das will sagen, es kann dadurch bewiesen werden, daß etwas nicht geschehen sey — wenn nicht etwa Furcht ihnen die Zunge band. Wie groß aber die Beweiskraft eines Schriftstellers sey, hänge im Allgemeinen vom arbitrio judicis ab [20]).

So weit die Alten, denen ich nicht widersprechen, sondern nur meine Meinung hinzufügen will; sie haben mir aber nicht viel übrig gelassen.

In manchen Fällen scheint es, könne man die Grundsätze von der Notorietät auf historische Wahrheiten anwenden; man kann sagen, es sey dies oder jenes aus den Büchern allgemein bekannt, weil alle Schriftsteller darin übereinstimmen, sie davon als von einer ausgemachten Sache reden. Zwar, wenn man es genau nehmen will, möchte es sich mit der Notorietät nur auf dasjenige beziehen, was unter den Lebenden als etwas, so sich zu ihrer Zeit zugetragen, allgemein bekannt ist; indessen, glaube ich doch, könne man die Grundsätze von der Notorietät auch auf Begebenheiten der Vorzeit anwenden [21]). Man müßte sonst bezweifeln, daß jemals ein Alexander lebte, mit den Griechen gegen die Perser stritt, den Darius schlug, nach Indien zog, daß Hannibal über die Alpen ging, in Italien die Römer bekämpfte; Columbus America entdeckte; ein Justinian lebte, Gesetze gab u. s. w. Was wir jetzt als zu unsrer Zeit geschehen wissen, haben wir doch auch großentheils nur aus

---

20) S. über alles dieses *Menken* diss. all. §. 5 bis 25.

21) Dies nehmen auch an Schneider vom Beweise §. 6. und Grollmann Theorie des gerichtl. Verfahrens §. 826.

Tagesblättern. Sollte man den Geschichtschreibern weniger trauen als jetzt den Zeitungschreibern?

Hiervon abgesehen und wenn von weniger bekannten Begebenheiten die Rede ist oder von den näheren Umständen der Begebenheiten, so glaube ich, daß allerdings die Geschichtforscher auch bei Gericht bald mehr, bald weniger Ansehen haben. Ihre Angaben sind zwar als unbeeidigte Zeugnisse zu betrachten und scheinen daher nach der Regel: Testi injurato non creditur, bei Gericht keinen Glauben zu verdienen. Allein dieser Grundsatz und die gewöhnlichen Regeln vom Zeugenbeweise können hier schwerlich Anwendung finden. Zuvörderst scheint mir ein Hauptgrund der Glaubwürdigkeit der Geschichtschreiber darin zu liegen, daß sie ohne alle Rücksicht auf den gegenwärtigen Proceß geschrieben haben und dieser Umstand bei ihnen den Mangel des Eides, wenn auch nicht völlig, zu ersetzen vermöge. Es kann wenigstens der Verdacht nicht gegen sie entstehen, daß sie den einen oder anderen der jetzt streitenden Theile haben begünstigen oder dem einen oder anderen schaden wollen. In Hinsicht auf die jetzt streitenden Theile haben sie ohne Zweifel *sine ira et studio* geschrieben. Wenn nun der Schriftsteller an und für sich glaubwürdig ist, man wenigstens keine Gründe hat, seine Wahrhaftigkeit in Zweifel zu ziehen, so scheint es, daß seine Angaben von nicht geringem Gewicht sind. Dazu kömmt, daß in den meisten Fällen das, was ein Schriftsteller anführt, ihm für seine Person sehr gleichgültig seyn wird. Auch läßt sich von einem, welcher durch die Schrift etwas Bleibendes stiftet und der in ihr zu der Mit- und Nachwelt redet, im Allgemeinen wohl erwarten, daß er zu seinen Worten sehen, der Mitwelt nicht ins Angesicht die Unwahrheit reden, die Nach-

welt nicht zu täuschen suchen werde. Es ist nur Schade, daß sie gewöhnlich nicht aus eigner Erfahrung reden, nicht unmittelbar an der Quelle gesessen, sondern die Schriften anderer benutzt und ihre Nachrichten erst aus der dritten, vierten Hand haben. Selbst die Uebereinstimmung mehrerer kann hier nicht viel verschlagen; denn sie können alle aus derselben trüben Quelle geschöpft haben. Indessen, wenn nun einmal nichts besseres zu haben ist, scheint es, daß man auch bei Gericht billig seyn und sich mit dem begnügen müsse, was zu haben ist. — Also das Alterthum, wohin sich die Sache verliert, die daher entspringende Schwierigkeit des Beweises, der Umstand, daß die Wahrheit nicht anders auszumitteln ist oder, wie die Rechtsgelehrten sich ausdrücken, veritas aliter haberi nequit, den die positiven Gesetze, nämlich die Römischen beim Beweise durch Unfreie [22]) und die Canonischen dadurch anerkennen, daß sie beim Beweise dessen, was vor langer Zeit geschehen ist, auch das bloße Gerücht nicht verwerfen, das Gerücht, dem wenigstens die Angaben der Geschichtforscher nicht nachzusetzen, vielmehr vorzuziehen sind; — alle diese Rücksichten dienen dazu, den Angaben der Schriftsteller, wenigstens den nicht widersprochenen, Glaubwürdigkeit zu verschaffen, welche die Uebereinstimmung mit anderen oder anderswoher erwiesenen oder ausgemittelten Umständen erhöhen wird, die aber mehr zuverlässigen Nachrichten in Urkunden nachstehen muß. Ich würde mich auch darauf berufen, daß das Canonische Recht, indem es bei Streitigkeiten über die Gränzen des Amtsbezirks vom Beweise handelt, außer dem Ge-

---

22) *L. 7. D. de test.* Servi responso tunc credendum est, cum alia probatio ad eruendam veritatem non est. L. 8. §. 6. C. de repudiis.

rücht, auch die „*libros antiquos*" zu den Beweismitteln rechnet; allein, ich weiß nicht, ob unter den *libris antiquis* gerade Bücher, oder nicht vielmehr sonstige Urkunden zu verstehen sind. Bei allem dem glaube ich nicht, daß Jemand durch das Berufen auf Schriftsteller allein den ihm aufgelegten Beweis werde führen können — dieser Fall wird auch nicht vorkommen — eher noch, daß es in solchen Sachen, die aus den Büchern allgemein bekannt sind, keines Beweises bedürfen werde; — sondern nur, daß, in Ermangelung anderer Beweismittel oder in Gemeinschaft mit ihnen, den Nachrichten der Schriftsteller bald mehr, bald weniger in solchen Dingen zu trauen, die zum Beweise beitragen oder auf die Entscheidung der Sache von Einfluß sind [23]). Wieweit der Richter hierin gehen und wem er mehr trauen könne, wenn sie in ihren Angaben von einander abweichen, das wird zu sehr von den jedesmaligen Umständen abhängen, als daß sich darüber allgemeine Regeln geben lassen, deren es auch für einen verständigen Richter nicht so sehr bedürfen wird. Besonders wird es hierbei gar sehr auf die Nachricht selbst ankommen, ob sie als Sage oder für gewiß erzählt wird und, im letztern Fall, ob es glaublich sey, daß über so etwas eine Täuschung Statt finden oder so etwas erdichtet werden konnte, nebenher auch freilich auf die Zahl; denn die Mehrheit der Zeugen erhöht die Glaubwürdigkeit. Die Regeln, welche die

---

23) Bei Gonzalez Tellez, der übrigens auch der Meinung ist, daß die Geschichtschreiber bei Gericht Ansehen haben und diese Meinung besonders auch auf das Beispiel der alten Rechtsgelehrten stützt und deren Stellen anführt, finde ich eben, daß auch er seine Meinung dahin einschränkt, bloße Geschichtschreiber allein beweisen nicht völlig. Non tamen historiae plene probant, *nisi aliis adminiculis juventur.* S. *Gonzalez Tellez* ad cap. 13. X. de probat.

Rechtsgelehrten an die Hand geben, mögen indessen dazu gut seyn, den Richter auf dasjenige, worauf es ankommen kann, aufmerksam zu machen, ihn auf die rechte Spur zu bringen, ihm zu richtigen Ideen, sey es auch nur durch Anregung, zu verhelfen.

X.

Streitgenossenschaft.

Im Junius 1827.



Streitgenossen sind diejenigen, die als Mitkläger oder Mitbeklagte einen Rechtsstreit in Gemeinschaft führen, von denen nicht etwa der eine dem andern bloß beisteht, sondern die den Kampf als Hauptpersonen in Gemeinschaft auszukämpfen haben, die als die eigentlichen streitenden Theile gegen einen gemeinschaftlichen Feind zusammenhalten; die daher auch der Ausgang des Processes, den einen, wie den andern, gleich hauptsächlich — nicht bloß in seinen Folgen — trifft oder angeht, indem sie entweder zusammen siegen oder zusammen besiegt, d. h. vom Richter verurtheilt werden; die endlich auch verlangen können, daß das Urtheil vollzogen werde, oder gegen welche dies verlangt werden kann.

In der Lehre von den Streitgenossen scheint mir manches klar, manches dunkel zu seyn. Als ausgemacht nehme ich an:

1) daß der Intervenient nicht als Streitgenosse angesehen werden kann. Denn er verfolgt entweder sein eigenes Recht, steht also nicht in Gemeinschaft mit den streitenden Theilen, sondern ihnen als Feind gegenüber, oder, er steht dem einen der streitenden Theile bei, hilft ihm streiten, ohne selbst den Streit zu führen und ohne daß man sagen könnte, er mache gemeinschaftliche Sache mit ihm gegen einen gemeinschaftlichen Feind. Zum Streitgenossen gehört, daß man mit-

klagt oder mitverklagt wird, welches von dem, welcher als accessorie interveniens in einen angefangenen Streit sich mengt, eben so wenig gesagt werden kann, als von dem Advocaten, der dem Clienten beisteht;

2) daß Niemand fordern kann, daß der Kläger, wenn er ihn belangen will, in Gemeinschaft mit andern klage, sich andern als Mitkläger zugeselle, was ohnehin nicht von seiner Willkühr abhängt; daß auch Niemand verlangen kann, daß der Kläger, neben ihm, noch andere in Anspruch nehme und sie mit ihm zugleich belange, kurz, daß die exceptio plurium litisconsortium, welche die ältern Rechtsgelehrten dem Beklagten einräumen, von Rechtswegen gar nicht möglich sey. Sie verstößt sogar gegen ein ausdrückliches Gesetz, welches diesen Einwand ohne alle Einschränkung verwirft [1]. Und dieses Gesetz steht voran in dem Titel des Codex de consortibus ejusdem litis, welcher unmittelbar auf die Theilungsklagen folgt, also auf solche Klagen, bei denen man noch am ehesten zu glauben geneigt seyn möchte, daß ein solcher Einwand dagegen zulässig, und, ein Consortium litis zu erzwingen, möglich sey.

Fordert also z. B. ein Erbe, welcher Miterben hat, eine Schuld, womit der Beklagte dem Erblasser verhaftet war, so kann der Beklagte nicht einwenden, er habe mehrere Miterben und könne nur mit diesen in Gemeinschaft klagen — und noch weniger kann der Richter, nach der Lehre z. B. des verst. Danz, den Kläger ex officio aus diesem Grunde abweisen [2].

1) L. 1. C. de consort. ejusdem litis. Unter Beziehung auf dieses bemerkte auch schon Leyser namentlich in Hinsicht auf den Kläger, von welchem in dem vorgekommenen Rechtsfall nur die Rede war: actor, ut consortes litis simul conveniat, cogi nequit. *Leyser* spec. 118. med. 2.

2) s. Danz Grundsätze des ord. Proc. §. 40.

Das Gegentheil annehmen, hieße den Kläger, im Fall die Miterben nicht etwa gutwillig mit ihm gemeinschaftliche Sache machen wollten, hieße ihn rechtlos machen; da ihm keine Mittel zu Gebote stehen, wodurch er sie dazu nöthigen könnte, und auch hier die Regel Anwendung finden würde: ad agendum invitus nemo compellitur; vielmehr kann er seinen Antheil an der Schuld begehren und insofern er das Ganze fordert, steht ihm nicht exceptio plurium litisconsortium, sondern *plus petitionis* entgegen. Ein Beklagter kann also durch keine Einrede erzwingen, daß mehrere gegen ihn klagen oder zugleich mit ihm verklagt werden. Aber noch weniger ist es die Pflicht des Richters, darauf zu sehen, daß mehrere sich mit dem Kläger vereinigen oder mehrere den Beklagten beigesellt werden. Die entgegengesetzte Lehre beruht auf mißverstandenen Stellen des Römischen Rechts, die entweder gar nicht hieher gehören, oder doch gegen die ausdrückliche, jene Einrede verwerfende, specielle Vorschrift (L. 1. C. de consort. ejusd. litis.) nicht in Betrachtung kommen können. Die L. 10. C. de jud. spricht nur im Allgemeinen den Satz aus, daß zusammengehörende Sachen bei demselben Gericht zu untersuchen und zu entscheiden sind, und bezieht sich auf das *forum*, nicht aber auf das consortium litis. Eine andere Stelle, die jener Meinung günstig zu seyn scheint, die man aber zu diesem Ende nicht benutzt hat, stellt den Satz auf, es sey die Pflicht des Richters, die Processe zu vermindern [3]). Allein, diese Regel ist auf Fälle dieser Art nicht anwendbar; ja, in dem Zusammenhange, wie sie hier gegeben wird, könnte sie fast zur Bestätigung der entgegengesetzten Meinung dienen [4]).

3) L. 21. D. de reb. cred. | 4) Nur, wenn einmal geklagt ist,



3) Die Alten pflegten zu sagen, Streitgenossen machten eine moralische Person aus. Dies konnte nun nicht die Bedeutung haben, daß sie eine idealische Person ausmachen, wobei die Einzelnen nicht in Betrachtung kommen, sondern, daß jeder nicht für sich streitet, daß sie alle zu einem gemeinschaftlichen Zwecke vereinigt sind, daß sie sich einander unterstützen und gegen den Gegner alle für Einen Mann stehen. Das wäre nun eben keine unrichtige Vorstellung, wenn sie auch nicht passend ausgedrückt gewesen seyn möchte; man erfährt nur dadurch nicht, was Streitgenossen eigentlich sind, in welchem Verhältniß sie zu dem Gegner und unter einander stehen, oder, unter welche Gestalt, in welches Fach dies Verhältniß zu bringen sey. Leyser sagt, es bestehe eine Art von Gemeinschaft unter ihnen. Consortium litis sine dubio communionis est species [5]). Ebenso Perez [6]). Consortibus litis inter se et adversus alios communio est. Lange vor ihnen erklärte Cujacius [7]), indem er diese Gemeinschaft näher bezeichnete, das consortium litis, für eine *societas* litis.

Zuvörderst versteht es sich wohl, daß hier von keiner Gemeinschaft die Rede seyn kann, deren Gegenstand der Rechts-

---

und Kläger oder Beklagter stirbt mit Hinterlassung mehrerer Erben, ist eine Theilung der Klage verwerflich; alle müssen den Streit in Gemeinschaft fortsetzen oder auch einen gemeinschaftlichen Bevollmächtigten bestellen. *L. 48. D. famil. erciscundae:* Si familiae erciscundae vel communi dividundo, vel finium regundorum actum sit, et unus ex litigatoribus decesserit, pluribus heredibus relictis: non potest in partes judicium scindi, sed aut omnes heredes accipere id debent, aut dare unum procuratorem, in quem omnium nomine judicium agatur. S. auch L. 42. §. 6. D. de procuratoribus.

5) *Leyser* spec. 118. med. 1.

6) ad tit. Cod. de consort. ejusdem litis.

7) Paratitla in lib. 3. tit. 40. C. de consort. ejusd. litis.

streit selber wäre; denn man kann wohl körperliche Sachen oder Rechte in Gemeinschaft haben, aber ein Rechtsstreit kann kein Gegenstand einer Gemeinschaft seyn; man kann ihn nur in Gemeinschaft führen. Auch kann die Gemeinschaft nicht auf das objectum litis bezogen werden; wiewohl das consortium litis (des Römischen Rechts) aus einer Gemeinschaft am objecto litis sich herschreiben kann. Wenn hier von Gemeinschaft die Rede ist, so ist es eine durch Vertrag herbeigeführte, also eine societas, welche nicht sowohl den Proceß, als vielmehr dessen Führung zum Gegenstande hat. Zwei oder mehrere vereinigen sich, einen Proceß in Gemeinschaft und auf gemeinschaftliche Kosten zu führen; sie wollen als Kläger mit vereinigten Kräften von dem Beklagten etwas zu erstreiten suchen, was ihnen beiden zum Vortheil gereicht; oder sie wollen als Beklagte bewirken, daß ihr Gegner mit einem gewissen Begehren abgewiesen wird, weil ihnen gemeinschaftlich daran gelegen ist. Der Ausgang dieses gemeinschaftlichen Unternehmens gereicht ihnen entweder allen zum Gewinn, oder allen zum Schaden; es ist hier ein wahres *consortium voluntarium;* es sind hier alle Merkmale einer echten societas vorhanden. Man wendet vielleicht ein, wenn man dies auch in Beziehung auf den Fall, da mehrere zusammen klagen, zugeben wolle, so passe es nicht auf den andern, da mehrere zusammen verklagt werden und also wider ihren Willen in ein consortium gerathen, was eben deshalb nicht voluntarium genannt werden könne. Indessen, wenn einmal mehrere zusammen belangt sind, kann es doch nicht füglich anders seyn, als daß sie sich zum Zwecke ihrer Vertheidigung vereinigen, daß sie zu diesem Ende gemeinschaftliche Maaßregeln treffen, daß sie mit vereinigten Kräften und auf gemeinschaftliche Kosten sich bemühen, den Angriff des gemeinschaftlichen Feindes

abzuschlagen. Sind sie auch ursprünglich genöthigt gewesen, sich zu vereinigen, so ist doch die Vereinigung selbst nichts desto weniger vorhanden, und das Gegentheil ließe sich nur dann behaupten, wenn wirklich jeder sich abgesondert vertheidigt hätte. Ich glaube also, daß die Alten, und namentlich Cujacius die Sache aus dem richtigen Gesichtspunct angesehen haben, und daß das consortium litis eine *societas litis* sey; denn eine Gemeinschaft, die keine societas oder nicht durch societas herbeigeführt wäre, würde hier eine bloße Redensart ohne weitere Bedeutung seyn.

Obwohl nun Streitgenossen socii, oder gegen einen gemeinschaftlichen Feind Verbündete sind, worauf auch schon die Benennung führt, die lateinische, wie die deutsche, so ist doch damit vereinbarlich

4) daß Einzelne, außer der gemeinschaftlichen Vertheidigung, noch besondere Gründe anführen können, die ihnen ausschließlich zu Statten kommen [8]; wie es denn auch am Ende immer die einzelnen sind, gegen die das Urtheil zu vollziehen ist. Unter ihnen gilt

5) keine Stimmenmehrheit [9]. Auch können sich einzelne mit dem Gegner vergleichen, und von dem Proceß an ihrem Theil abtreten [10], so wie von mehreren zum Kriege Verbündeten der eine Frieden schließt, während der andere den Krieg fortsetzt.

Aber, von allen diesen Dingen wollte ich eigentlich gar nicht reden, sondern nur beiläufig über Fragen, die in neuern Zeiten, besonders von Martin, zur Sprache gebracht sind, auch meine Meinung sagen. Was mir in dieser Sphäre be-

8) Schmidt von Klagen und Einreden §. 16.

9) *Leyser* spec. 118. med. 3.

10) *Voet* ad tit. Dig. de transact. §. 6.

sonders wichtig zu seyn, worauf es besonders anzukommen scheint, was in einzelnen Fällen die Richter und Advocaten am meisten in Verlegenheit setzen wird, die sich hier wohl mehr durch das Gefühl, als durch unzulängliche Regeln leiten lassen, das ist die Beantwortung der Frage, in welchen Fällen können mehrere mit einander klagen, in welchen andern mehrere mit einander verklagt werden?

Das Römische Recht läßt diese Frage unberührt; es läßt uns überhaupt über die eigentliche Natur der Streitgenossenschaft im Dunkeln. Zwar ist im Codex ein eigener Titel mit der Ueberschrift *de consortibus ejusdem litis* enthalten; allein, darin werden nur zwei, das consortium litis angehende, Fragen entschieden, nämlich, daß ein Beklagter den Gegner nicht zwingen könne, in Gemeinschaft mit andern zu klagen, noch ihn, den Beklagten, zusammen mit andern zu belangen, m. a. W. daß eine exceptio plurium litis consortium nicht Statt finde [11]; und zweitens, daß ein Streitgenosse, nachdem der Proceß seinen Anfang nahm, den Streit auch in Abwesenheit der übrigen, im Namen aller, fortsetzen darf, wenn er de rato zu haften verspricht. Alles übrige fehlt, ohne daß es sich aus andern Stellen ergänzen ließe; alles übrige wird als bekannt vorausgesetzt. Bei dieser Mangelhaftigkeit der Gesetzgebung hat sich über die Streitgenossenschaft eine Theorie gebildet, die dürftig an sich und dabei schwerlich echt römisch ist, von der mir dies wenigstens höchst ungewiß zu seyn scheint. Sehr bemerkenswerth ist die Stelle, die der erwähnte Titel im Codex einnimmt, die Nachbarschaft, worin er sich befindet. Er folgt nämlich, wie

11) L. 2. C. eod.

ich schon erwähnt habe, unmittelbar auf die actiones familiae erciscundae, communi dividundo, finium regundorum, also auf die Theilungsklagen. Dies deutet ohne Zweifel an, daß gerade bei diesen Klagen nach Römischem Recht das *consortium litis* Statt findet. Findet es aber auch außerdem Statt? Welche andre Stellen, oder welche aus der Natur der Sache entlehnte Gründe berechtigen uns, dies anzunehmen? Jene Klagen haben das Gemeinschaftliche, daß mehrere sich in Ansehung eines Inbegriffs von Sachen oder in Ansehung einzelner in Gemeinschaft befinden und sie sind auf Aufhebung dieser Gemeinschaft gerichtet. Wenn nun einer aus der Gemeinschaft scheiden will, so kann dies nicht wohl anders geschehen, als daß alle, die mit ihm gleiche Rechte haben, wie an dem Object, also auch an dem Streit und an der Auseinandersetzung Theil nehmen. Es giebt keine andern Fälle, die mit diesen, in Hinsicht auf das Bedürfniß des Litisconsortii, verglichen werden könnten. Aber, selbst in Fällen dieser Art kann das Litisconsortium gegen den Kläger von Seiten des Beklagten nicht erzwungen werden; der Letztere kann keine Einrede daraus hernehmen, daß jener allein klagt, oder daß er neben ihm nicht zugleich auch andere verklagt.

Die Rechtsgelehrten geben die Regel, daß mehrere, die aus demselben Rechtsgrunde berechtigt oder verpflichtet sind, zusammenklagen und verklagt werden können [12]); ja sie nehmen dies zum Theil sogar schon in den Begriff von Streitgenossen auf [13]). Aber, worauf gründet sich diese Regel?

---

12) *Wernher* obs. for. p. 1. obs. 101. Schmidt von Klagen und Einreden §. 16.

13) *Hofacker* princ. jur. civ. tom. 3. §. 4262. Glück Erläuterung der II. Theil 5. S. 233. Mehlen Anleitung zum gerichtlichen Proceß §. 179.

Auf eine Stelle, die wiederum nur von einer Theilungsklage, dem judicio familiae erciscundae, handelt, und die auch in Hinsicht auf diese Klage nicht ersehen läßt, daß Einheit des Klagegrundes der Grund der Streitgenossenschaft sey; denn, wenn Cajus, der die Theilung der Erbschaft des Titius von seinem Miterben Mevius fordert, mit dem Sempronius, der mit ihm und Mevius den Sejus beerbt hat, gemeinschaftliche Sache gegen Mevius machen und die Theilung dieser beiden Erbschaften zugleich fordern kann, so sind das, so viel ich sehen kann, zwei verschiedene Klagegründe; gleichwie es zwei verschiedene Erbschaften sind, die sich hier in Gemeinschaft, nicht einmal aller derselben Personen, befinden. Und doch findet dabei ein Litisconsortium Statt [14]). Es ist tausend gegen eins zu verwetten, daß ein heutiger Richter, wenn ihm dieser Fall zur Entscheidung vorgelegt würde, ohne diese Stelle zu kennen, die Kläger abweisen würde. Er würde sagen, dies sey eine unschickliche Klagenhäufung. Man wird einwenden, es sey zwar nicht zu billigen, daß hier zwei verschiedene Erbschaften zugleich zur Theilung kommen; die eine sey doch wirklich unter allen dreien gemeinschaftlich und in Rücksicht dieser finde die Streitgenossenschaft nur eigentlich Statt. Aber, wenn ich dies auch zugeben wollte, so bleibt es doch immer unpassend, daß die Theilung der andern, unter den dreien nicht gemeinschaftlichen, Erbschaft mit eingemischt werden darf, und auf allen Fall erhellet immer nicht, daß die Einheit des Klagegrundes der Grund des Litisconsortii sey; dieser Grund scheint vielmehr in Hinsicht auf die eine, allen gemeinschaftliche, Erbschaft zu

14) *L.* 25. §. 4. *famil. ercisc.* Si inter me et te Titiana hereditas communis sit, inter me autem et te et Titium Sejana: posse unum judicium accipi inter tres, Pomponius scribit.

seyn, daß diese Erbschaft und die Theilung derselben alle gleich angeht, daß, wie die Erbschaft gemeinschaftlich ist, auch die Theilung ein gemeinschaftliches Geschäft aller ist.

Nach der Lehre der Rechtsgelehrten können mit einander klagen und verklagt werden mehrere Correalgläubiger und, beziehungsweise, mehrere Correalschuldner; — mehrere Gesellschafter; — mehrere Erben u. s. w. Es ist nun aber sehr ungewiß, ob die Römer in Fällen dieser Art ein Litisconsortium zugelassen, ob sie nicht gesagt haben würden, wenn von mehreren jeder zum Ganzen berechtigt oder verpflichtet ist, so klagt jeder für sich oder wird für sich auf das Ganze verklagt, und wenn mehrere nur zu gewissen Antheilen berechtigt oder verpflichtet sind, so gebührt es sich, daß jeder, was ihm zukommt, allein einklage, oder auf das, was er schuldig ist, allein verklagt werde. Wir hingegen lassen in allen diesen Fällen eine vereinigte Klage mehrerer oder gegen mehrere, wie die tägliche Erfahrung lehrt, unbedenklich zu.

Besonders geschieht es alle Tage, daß mehrere Miterben zusammen einklagen, was der Beklagte ihrem Erblasser schuldig war, oder daß ein Gläubiger gegen mehrere Miterben einklagt, was deren Erblasser ihm schuldig geworden. Nun aber ist es eine sehr bekannte Rechtswahrheit, daß die Gemeinschaft unter Miterben sich auf die ausstehenden Forderungen nicht erstreckt, und eben so wenig auf die ausstehenden Schulden. Man kann gar nicht sagen, daß die mehreren Miterben das Ausstehende in Gemeinschaft zu fordern haben, oder daß sie die Erbschaftsschulden in Gemeinschaft schuldig sind. In dieser Hinsicht sind sie vielmehr von einander geschieden; das Gesetz selbst hat jedem seinen Antheil überwiesen und dieser richtet sich nach der Größe seines Erbtheils [15]).

15) L. 6. C. famil. ercisc. L. 1. C. de except.

Die Forderung oder die Schuld eines jeden steht für sich da. Was berechtigt sie nun, sich zu vereinigen und gegen einen Schuldner, der ihr gemeinschaftlicher im Grunde nicht ist, gemeinschaftliche Sache zu machen; — oder, was berechtigt den Gläubiger, mehrere Miterben seines Schuldners zusammen zu belangen, damit sie Schulden tilgen, die nicht gemeinschaftlich sind? Können nicht eben so gut Titius und Mevius sich vereinigen, um vom Cajus auf gemeinschaftliche Kosten einzuklagen, was jeder an seinem Theil, Titius aus einem Darlehn, Mevius aus einem andern oder gar aus einem Kauf vom Cajus zu fordern hat? Man wird sagen, dies sey ein verschiedener Fall; in jenem entspringe die Verbindlichkeit aus derselben, in diesem aus verschiedenen Quellen. Aber ist dieser Grund zureichend; bedarf es nicht selbst des Grundes? Und auf allen Fall ist er römisch?

Um hier auf's Reine zu kommen, muß man, glaube ich, von einander absondern Römisches und Deutsches Recht.

1) Nach Römischem Recht findet das Litisconsortium Statt bei Theilungsklagen und zwar in einer Ausdehnung, wie sie schwerlich in Deutschland geduldet werden würde. Es setzt Gemeinschaft voraus, und daß auf Aufhebung derselben geklagt wird. Daß es auch noch in andern Fällen Statt finde, ist nicht erweislich.

2) Nach der Lehre der Rechtsgelehrten und dem Gerichtsgebrauch findet Litisconsortium Statt:

1) wenn mehrere aus demselben Grunde dasselbe fordern, oder von mehreren aus demselben Grunde dasselbe gefordert wird.

Bei Leyser [16]) kommt ein Beispiel von Streitge-

---

16) Spec. 118. med. 1.

nossenschaft vor, was ich hier nicht mit Stillschweigen übergehen kann. Die Genossen zweier verschiedenen Zünfte klagten gegen eine dritte, daß sie sich eines gewissen Gewerbes enthalten solle; sie siegten, und nach erfochtenem Siege kehrten sie die Waffen gegen einander, indem sie sich dasselbe Recht nun wechselseitig streitig machten, was sie zuvor der dritten Zunft vereinigt abgestritten hatten. Leyser untersucht zwar nicht die Frage, ob in diesem Falle die beiden klagenden Zünfte wirklich befugt gewesen, gegen die dritte gemeinschaftliche Sache zu machen, sondern, ob sie befugt waren, ihre wechselseitige Befugniß zur Ausübung jenes Gewerbes in Zweifel zu ziehen, nachdem sie sich einmal als Streitgenossen anerkannt und eben dadurch die Berechtigung zu jenem Gewerbe einander zugestanden hatten. Indessen scheint er doch, weil er es nicht mißbilligt, das Litisconsortium in diesem Falle für zulässig gehalten zu haben. Mir erscheint es unzulässig. Zwar begehrten beide klagende Zünfte dasselbe, nämlich, daß die dritte ein gewisses Gewerbe nicht treiben solle. Aber das Recht, der dritten die Ausübung eines gewissen Gewerbes zu wehren, mußte doch für jede der beiden Zünfte auf einem andern Grunde beruhen, und es konnte der einen Zunft das jus prohibendi abgesprochen werden, während es der andern zuerkannt ward. —

Ueberhaupt findet Streitgenossenschaft Statt:

2) wenn mehrere aus derselben Handlung oder demselben Rechtsgeschäft berechtigt oder verpflichtet sind. Z. B. mehrere haben einem Dritten ein Darlehn gemacht; man kann nicht sagen, daß alle dasselbe fordern; jeder

ist nur pro rata berechtigt und hat nur seinen Antheil zu fordern. Oder, der Kläger hat mit mehreren Gesellschaftern ein Geschäft geschlossen; er hat von jedem seinen Antheil zu fordern und dennoch belangt er sie zusammen, weil die Verbindlichkeiten der Beklagten aus demselben Rechtsgeschäft herrühren. Eben so, wenn der Kläger mehrere Miterben belangt, die ihm doch einzeln nur pro rata verhaftet sind, oder, wenn mehrere Miterben den Schuldner ihres Erblassers zusammen in Ansprache nehmen, wiewohl jeder von ihnen nur pro rata berechtigt ist, so geschieht es, weil das Recht oder die Verbindlichkeit ursprünglich aus derselben Quelle entspringt.

Es kann immer der Klagegrund verschieden seyn, und doch ist ein Litisconsortium möglich; es muß nur die Klage aus demselben Vorfall, aus derselben Begebenheit sich herschreiben. Gesetzt, es hätten mehrere bei einer Beleidigung, einem Wortwechsel, einer Schlägerei zusammengewirkt; sie hätten, wie wohl zu geschehen pflegt, auf dieselbe Veranlassung sich gegen einen Dritten vereinigt, sie hätten Hand an ihn gelegt, sich einander beigestanden; so würden alle zugleich belangt werden können, selbst dann, wenn der Kläger von jedem eine andere Art von Genugthuung begehrte [17]. In Fällen dieser Art ist selbst der Klagegrund verschieden; denn gegen jeden Beklagten wird die Klage begründet, zwar auch durch eine Injurie, aber durch eine andre [18].

---

17) Es müssen nur nicht andere Beleidigungen eingemischt werden, die der eine oder andere bei anderer Gelegenheit dem Kläger zugefügt hat. *Wernher* l. c.

18) *L. 34. D. de injuriis.* Si plures servi simul aliquem caeciderint, aut convicium alicui fecerint, singulorum proprium est maleficium et tanto major injuria, quanto a pluribus admissa est, *imo etiam tot injuriae sunt, quot et personae injuriam facientium.*

Was das Litisconsortium begründet, ist hiernach der enge Zusammenhang unter den mehrfachen Forderungen und Verpflichtungen, wie er sich besonders aus dem gemeinsamen Ursprung ergiebt, aus der Einheit der Handlung oder des Rechtsgeschäfts, was bei der Klage zum Grunde liegt. Tiefer noch liegt als Grund, daß in Fällen dieser Art die Gründe des Angriffs und der Vertheidigung gegen alle und für alle im Allgemeinen dieselben sind, so daß sie eine gleichzeitige Erörterung und Entscheidung nicht nur zulassen, sondern wünschenswerth machen. Man darf dies aber freilich nicht so weit ausdehnen, als ob Litisconsortium überall Statt finde, wo die Gründe des Angriffs und der Vertheidigung dieselben sind; sondern es müssen die mehrfachen Forderungen oder Verpflichtungen in Verbindung mit einander stehen; auch ist nur unter dieser Voraussetzung eine wahre Identität der Gründe des Angriffs oder der Vertheidigung denkbar.

Werden diese mehrfachen Ansprüche oder Verbindlichkeiten getrennt, so werden die Processe vermehrt, die Rechtspflege wird verzögert, oder kann es doch werden; ja es kann geschehen, daß widersprechende Entscheidungen erfolgen. Dies alles wird verhütet, wenn es streitenden Theilen, während sie dazu nicht gerade gezwungen sind, erlaubt ist, ihre mehrfachen Ansprüche zusammen bei Gericht geltend zu machen, oder die gleichen Verpflichtungen mehrerer zusammen bei Gericht zur Sprache zu bringen.

Man sieht also, die Gründe für das Litisconsortium sind am Ende nur aus demjenigen hergenommen, was gut oder nützlich ist und besonders ist es der Grundsatz, der dabei in Betrachtung kömmt, welchen ich das principium parsimoniae im Proceß nennen möchte.

XI.

XI.

Kleinere Abhandlungen.

Zu verschiedenen Zeiten geschrieben.



1.

Blasphemia.

(Ein Bruchstück aus der Lehre von Injurien, die, im ersten Theil angefangen, der Verfasser im dritten Theil fortzusetzen gedenkt.)

Da ich hier doch einmal von Injurien rede, will ich auch die Blasphemie nicht mit Stillschweigen übergehen, welche die alte Zeit für ein sehr schweres Verbrechen, für ein *delictum horrendum* hielte; die neue sieht sie ohne Zweifel mit andern Augen an. Die Alten bestimmten den Begriff des Verbrechens: *Est injuria erga Deum.* Dieser Begriff kann immerhin beibehalten werden, denn er giebt über das, was man meint, die beste Auskunft. Es versteht sich freilich von selbst, daß die Gottheit nicht durch Menschen beleidigt werden kann; indessen stellte sich die alte Zeit die Sache durch einen Anthropomorphismus einmal so vor. Man muß überhaupt bei diesem Verbrechen, wenn man davon reden will, nicht klüger seyn wollen, als das Gesetz, welches es aufstellt und straft. Um aber die alte Zeit mit der neuen auszusöhnen und den Frieden zwischen ihnen zu vermitteln, dürfen wir den Begriff nur etwas milder ausdrücken. Sagen wir also: Eine Blasphemie ist das gegen die Gottheit, was gegen Menschen verübt, eine Beleidigung seyn würde. Sie ist mit a. W. eine Verletzung der

Ehrfurcht, die dem höchsten Wesen gebührt, ein crimen laesae majestatis divinae.

Die neuern Rechtsgelehrten und namentlich Feuerbach [1]), sehen die Blasphemie zwar auch als Injurie an, und Feuerbach handelt davon bei den Injurien, wohin sie auch gehört; sie sagen aber, es sey keine Beleidigung gegen die Gottheit, sondern gegen die Kirche. Das heißt aber doch im Grunde nur, einen Irrthum ablegen, um einen andern, wenn auch mehr erträglichen, dafür in die Stelle zu setzen. Die Blasphemie ist zwar keine (wirkliche) Injurie gegen Gott; sie ist aber eben so wenig eine gegen die Kirche; denn man hat ja nicht nöthig, die Ehrfurcht gegen die Gegenstände ihrer Verehrung mit der Kirche zu theilen. Von Beleidigung gegen die Kirche kann hier die Rede nicht seyn, sondern nur etwa von Mangel an Artigkeit. Hieße das denjenigen beleidigen, der da verehrt, was der Lästerer schmäht, so würde ja z. B. ein Christ, der auf Gott schimpft, nicht bloß seine Kirche zur Rache auffordern, sondern alle Religionssecten und alle Menschen, welche Gott oder Götter verehren, könnten sich für beleidigt erklären und alle Rache üben. An und für sich ist die Blasphemie eine der unschuldigsten Handlungen, die es nur geben kann. Sie bedeutet so recht eigentlich gar nichts. Hier ist Niemand, welcher beleidigt würde; die Beleidigung ist eine bloß eingebildete. Es beruht auf unwürdigen Vorstellungen von der Gottheit, wie man sie nur einer rohen, den Kinderschuhen noch nicht entwachsenen Zeit zu Gute halten kann, als könne sie, die über jede Beleidigung erhaben ist, von Menschen beleidigt werden, sich dadurch gekränkt fühlen, sich rächen oder als müßten andre Menschen, statt ihrer, Rache üben, um nicht

---

1) Lehrbuch des peinl. Rechts §. 303.

den Zorn der Gottheit auf sich zu laden. Ja, von Gotteslästerung, als einer wirklichen Beleidigung Gottes, nur zu reden, ist im Grunde selbst die größte Gotteslästerung, weil dadurch die Gottheit menschlicher Schwächen, der Empfindlichkeit, des Zorns, der Rachsucht beschuldigt wird. Auf allen Fall wäre es doch — so zu sagen — eine Sache zwischen dem Menschen und dem Gott, worin kein Dritter sich zu mischen hätte. Es wird dies, wenn hieran überhaupt ein Zweifel möglich wäre, noch mehr einleuchten, wenn man sich den Staat hinwegdenkt. Ein andrer Mensch, welcher im außergesellschaftlichen Zustande einen andern Blasphemien ausstoßen hörte, müßte schon stille dazu schweigen; denn was ginge es ihn an? Er kann durch die Lästerrede empört werden, aber sie nicht rächen. Auch die Kirche könnte den Gotteslästerer höchstens als einen Unwürdigen von ihrer Gesellschaft ausschließen. Der Staat, dem an Aufrechthaltung guter Sitten gelegen ist, in dessen Interesse es ist, daß die Scheu vor heiligen Dingen nicht verletzt und alles, was sich auf die Religion bezieht, in Ehren gehalten, ja mit der größten Zartheit behandelt werde, der Staat also mußte dergleichen Handlungen erst verbieten, um sie zu Verbrechen zu machen, oder vielmehr, um zu der Möglichkeit eines Verbrechens den Grund zu legen.

Wenn man aber von Blasphemie reden will, so ist es rathsam, wie ich auch gleich Anfangs bemerkt habe, sich in die alte Zeit und in die alten Rechtsgelehrten zu schicken und besonders nur den alten Begriff ruhig beizubehalten, die Blasphemie ist eine Beleidigung gegen die Gottheit; wobei es jedem vergönnt ist, hinzuzusetzen, er für seine Person halte eine Injurie gegen die Gottheit nicht für möglich. Der zweite von mir oben angegebene Begriff scheint noch vorzüglicher zu seyn. Theils kann er eine solche clausula salvatoria allenfalls un-

nöthig machen, theils möchte doch wohl manches Blasphemie seyn, was unter Menschen nicht für Injurie zu rechnen wäre, z. B. Tadel der Einrichtungen in der Welt. Eine Injurie bleibt die Blasphemie freilich immer, nur daß die Ehrfurcht gegen das höchste Wesen von so zarter Natur ist, daß sie nach menschlicher Vorstellung viel leichter zu verletzen ist, als die Achtung vor Menschen.

Wie also die Blasphemie zu den Injurien gehört, so kommen ihr nun auch die wesentlichen Merkmale der Injurie zu. Es gehört mithin zur Blasphemie *dolus*, der hier als *animus blasphemandi* erscheint und ganz dasselbe ist, was bei Injurien der animus injuriandi. Aus diesem Grunde lehrten die Alten, es sey keine Blasphemie, wenn Personen, welche zu einer andern Religionspartei gehören, nach ihrer Ueberzeugung, nicht *animo malevolo erga summum numen*, reden und z. B. als Juden oder Arianer Christo die Gottheit absprechen [2]). Das würde nun, nach meinem Ermessen, selbst für einen Christen keine Injurie seyn, eben so wenig als man von einem Atheisten sagen könnte, er lästere Gott, wenn er sagt, es ist kein Gott; sondern es könnte nur in Frage kommen, ob es zur *haeresis* zu rechnen sey [3]). Die Alten hätten vielmehr sagen müssen, daß unter den Christen ein Ungläubiger, wenn er auf Christum schimpfte, sich gegen den Vorwurf der Blasphemie dadurch schützen könne, daß er sagte, vermöge seiner Religion erkenne er seine Gottheit nicht an und es könne ihm Niemand wehren, auf einen längst

2) S. *Boehmer* med. ad art. 10. §. 5.

3) Ueberhaupt muß man, wie Klein zu Quistorp Grundsätze des peinl. Rechts §. 121. bemerkt, „die freimüthige Aeußerung einer „entgegengesetzten Meinung nicht „mit einer verächtlichen und belei„digenden Behandlung der Gegen„stände der religiösen Verehrung „verwechseln.“

verstorbenen Menschen zu schimpfen. Allein, dieser Einwand würde ihm immer nicht helfen. Denn man würde darauf erwiedern, hier im Lande wird Christus als Gott verehrt und es ist vermöge der Gesetze eben so wenig erlaubt, auf ihn, als auf Gott, zu schimpfen; wie Du also auch über die Gottheit Christi denken magst, Du hättest unsre Einrichtungen und Gesetze achten sollen, die wir jetzt an Dir zu rächen genöthigt sind. Und käme ein Protestant in ein katholisches Land und schimpfte auf die Maria, so könnte er sich nicht beschweren, wenn er wegen Blasphemie bestraft würde [4]).

So wie den Begriff, also wenden auch die Eintheilungen der Injurie die Criminalisten auf die Blasphemie an. Sie unterscheiden schwere und leichte, — wörtliche und thätliche, — mittelbare und unmittelbare. Diese Unterscheidungen zeigen schon, wie sehr in dieser Lehre die Anthropomorphismen gang und gebe — und wie grob sie sind, dabei auch, wie wenig es rathsam sey, an der gewöhnlichen Lehre zu rücken. Die erste Unterscheidung, so auffallend sie ist, kann doch durch die Berufung auf die Carolina gerechtfertigt werden, welche bei Bestimmung der Strafe auf die Beschaffenheit der Lästerung gesehen wissen will. Die

---

4) Die Carolina rechnet Injurien gegen Christus offenbar zu den Blasphemien; sie erwähnt ihrer zwar nicht namentlich, rechnet aber zu den Blasphemien sogar Injurien gegen „seine heilige Mutter." Die Gottheit Christi ist in der Carolina als etwas sich von selbst Verstehendes angesehen; in Carls des 5. Tagen hätte Niemand sich daran den leisesten Zweifel erlauben dürfen und ihm nur die Gottheit ausdrücklich beizulegen, wäre schon bedenklich gewesen und konnte wenigstens Niemand für nöthig halten. Die Gleichstellung der Maria mit der Gottheit ist den Religionsgrundsätzen der Protestanten nicht gemäß — und Injurien gegen sie gelten unter den Protestanten nicht für Blasphemien, nämlich nicht für unmittelbare, werden aber zu den mittelbaren gerechnet. *Leyser* spec. 565. med. 8.

zweite scheint ein Anthropomorphismus von noch gröberer Art zu seyn. Thätliche Injurien gegen die Gottheit! Man muß sich schämen, nur den Ausdruck in den Mund zu nehmen. Nach der Etymologie des Worts, welches herzukommen scheint von *βλάπτειν* (verletzen) und *φήμη* (der Ruf), können nur die *verba blasphema* — Blasphemien genannt werden. Injurien durch Thätlichkeiten sind hier nicht anders denkbar, als insoferne man die symbolischen, durch Geberden, Gemälde u. s. w. zu den Realinjurien rechnet. Was unter einer unmittelbaren Blasphemie zu verstehen sey, darin weichen die Criminalisten von einander ab. Die ältern verstanden unter einer blasphemia immediata die in der Carolina ausdrücklich aufgeführten Fälle. Aber die spätern bestimmen den Begriff anders. Unmittelbare Blasphemien sind solche, die sich geradezu auf die Gottheit beziehen; mittelbare solche, die sich zunächst auf gewisse Sachen oder Personen und nur folgeweise auf die Gottheit beziehen. Blasphemia immediata est, wie Böhmer [5]) bemerkt, injuria *sine re vel persona intermedia* dolose ad Deum directa. Und die mediata besteht nach ihm [6]) in verbis vel factis, quibus per interpositam personam vel rem, et in genere per consequentiam Deus petitur. Zu solchen mittelbaren Blasphemien werden gerechnet Spöttereien über die heiligen Schriften oder einzelne Stellen derselben, oder über die Mysterien der christlichen Religion; auch die Injurien gegen die Heiligen (bei den Protestanten jedoch nicht gegen diejenigen, welche bloß die curia romana als solche anerkennt) und bei den Protestanten gegen die Maria. Sicut homines injuriis per interpositas personas adficiuntur, ita et Deum con-

---

5) ad art. 106. §. 3.

6) ad art. 106. §. 4.

vitia aliena saepe *laedunt*. Novimus, injurias defuncto illatas in heredem redundare atque huic jus agendi dare. Simili ratione injuria divis, s. ut a catholicis vocantur, sanctis illata, Deum *offendere* creditur, ac inter blasphemias refertur. Et quamvis evangelici sanctorum cultum jam diu abrogarint, hoc tamen blasphemiae genus abrogatum non est. *Laeditur* enim utique *Deus* convitio in eos, quos in tutelam, et, ut sic dicam, contubernium suum recepit, jacto [7]). Nach meinem Ermessen ist die ganze Unterscheidung, wenigstens in diesem Sinn, völlig verwerflich. Zur Blasphemie gehören keine andre Fälle, als die in der Carolina ausdrücklich benannt sind, welche nicht einzelne Beispiele, sondern die zur Blasphemie gehörigen Fälle erschöpfend aufführen wollte. Das, was die Rechtsgelehrten zur Blasphemia mediata rechnen, ist keine Blasphemie, sondern Verspottung dessen, was, außer der Gottheit, aus Religion verehrt wird. Man muß also unterscheiden Injurien gegen die Gottheit oder Blasphemien — und Injurien, die sich auf Gegenstände beziehen, welche der Kirche sonst noch heilig sind. Das Einzige, was hiergegen eingewandt werden könnte, würde seyn, daß man sagte, die mittelbare Blasphemie liege wirklich in den Worten der Carolina miteingehüllt. Nach der Carolina gehören zur Blasphemie folgende Fälle: 1) wenn man der Gottheit Eigenschaften beilegt, die der Gottheit, als einem vollkommnen Wesen, nicht angemessen sind, z. B. Grausamkeit, Ungerechtigkeit („so einer Gott zumißt, das Gott nit bequem „ist"); 2) wenn man ihr Vollkommenheiten, die ihr zukommen, abspricht, als Allmacht, Allwissenheit (oder mit ihren

7) *Leyser* spec. 565. med. 7. sq.

Worten, „Gott, das ihm zustehet, abschneidet"); 3) wenn Jemand auf Gott schimpft oder, wie es in der Carolina heißt, der Allmächtigkeit Gottes, seine heilige Mutter, die Jungfrau Maria, schendet. Diese drei Fälle nimmt man mit Böhmer [8]) gewöhnlich an und die mittelbare könnte nur unter dem dritten enthalten seyn. Es ist aber die Carolina gerade über diesen dritten Fall dunkel. Denn das Schenden oder Schimpfen kann auch bloß auf die heilige Jungfrau bezogen werden, da denn die Worte „der Allmächtigkeit Gottes" zu dem zweiten als Beisatz oder Beispiel gehören würden und jener dritte Fall ganz wegfiele. Beinahe so scheint Kreß die Stelle verstanden zu haben [9]). Auf allen Fall beruht es doch mit dieser Blasphemie auf einer Voraussetzung, deren Vorhandenseyn einer, welcher sich erlaubt, über die Mysterien u. s. w. zu spotten, läugnen wird; nämlich das, was er verspottet, dessen göttlichen Ursprung wird er läugnen; er wird sagen, es fehle der animus blasphemandi, vor der Gottheit habe er die größte Ehrfurcht, aber Mysterien habe jede positive Religion und jede andre u. s. w.; die heiligen Schriften würden selbst von Theologen zum Theil für untergeschoben gehalten, ihre Echtheit sey schon nicht ausgemacht, sie enthielten vieles, was auf die Religion keine Beziehung habe, z. B. in dem hohen Liede eine Idylle u. s. w. Kurz, er wird die Beschuldigung der Blasphemie nicht an sich kommen lassen, sie wohl gar zurückgeben.

Aus dem, was ich so eben gesagt habe, scheint aber zu folgen, daß Handlungen, die zur blasphemia mediata gerechnet werden, gar nicht bestraft werden können. Denn, wenn

---

8) ad art. 106. §. 2.

9) *Krefs* ad art. 106. §. 2.

sie keine wirkliche Blasphemie enthalten, wo ist das Gesetz, was sie bei Strafe verboten hätte? Ich will damit nicht sagen, daß kein Grund vorhanden seyn sollte, sie, wie die Blasphemie, bei Strafe, wenn gleich geringerer, zu verbieten; ich frage bloß, ist es geschehen? Oder haben nicht vielmehr die Rechtsgelehrten sich auch diesmal, wie in so vielen andern Fällen, erlaubt, die Lücke, die der Gesetzgeber ließ, auf eigne Auctorität auszufüllen? —

Wenn man sich in die Denkungsart der alten Zeit zurückversetzt, welche Vorstellungen, die nur unter Menschen gelten, auf die Gottheit übertrug, „als werde sie durch die Blasphemie beleidigt und es gebühre den Menschen, die beleidigte Ehre Gottes zu rächen, um ihn zu versöhnen, damit er nicht zu Werken des Zorns übergehe und nicht das ganze Land verderbe [10];" so muß man sich fast wundern, daß sie sich mit Kopfabhauen, Zungenausreißen oder Zungendurchstechen, auch wohl mit geringeren Strafen begnügte. Die heidnischen Römer scheinen die Blasphemie nicht als ein durch bürgerliche Strafen zu büßendes Verbrechen angesehen zu haben. Sie sahen wenigstens ihren Dichtern und Rhetoren hierin viel nach. Ovid durfte singen:

> Esse deos credamne? fidem juratam fefellit
> Et manet in solito qui fuit ore decor.

Das ist nun eben nichts Besondres, wiewohl Kreß es anstößig findet, und würde auch jetzt einem Dichter zu Gute gehalten werden. Allein, Anstoß würde erregen, was Plinius sich zu sagen erlaubte, der in der Lobrede auf den Trajan diesen Kaiser als das Muster aufstellt, dem die Götter nachahmen sollten. Civitas religionibus de-

---

10) S. die Pol. Ordn. von 1548. Tit. von Gotteslästerungen.

dita, semperque Deorum indulgentiam pietate merita, nihil felicitati suae putat adstrui posse, nisi ut Dii caesarem imitentur. — Es ist zwar ein Unterschied zwischen den heidnischen Göttern und dem Gott der Christen, wie Leyser bemerkt [11]). Aber Justinian, der in die Lehre der Christen eingeweiht war und halbe Nächte in Unterredungen mit den Priestern über theologische Gegenstände zubrachte, dieser fromme Kaiser will, daß die Blasphemie strenge bestraft werden soll. Er bemerkt, daß durch verba blasphema Gott zum Zorn gereizt werde und das könne die nachtheiligsten Folgen haben. *Propter talia enim delicta et fames et terrae motus et pestilentiae fiunt.* Es sey schon strafbar, Menschen zu lästern, wie viel strafbarer müsse nicht seyn, wer Gott lästere. *Si enim contra homines factae blasphemiae impunitae non relinquuntur, multo magis, qui ipsum Deum blasphemant, digni sunt, supplicia sustinere.* Daher solle der Gotteslästerer fortan am Leben gestraft werden, *ut non ex contemtu talium inveniatur et civitas et respublica per hos impios actus laedi.* Die Carolina, welche die Blasphemie an die Spitze aller Verbrechen stellt [12]), nimmt doch in Ansehung der Bestrafung etwas mildere Grundsätze an. Sie droht dem Gotteslästerer nicht unbedingt die Todesstrafe, sondern will, daß die That nach Gestalt der Per-

11) Ueberhaupt von Schmeicheleien, die in Blasphemie ausarten, *Leyser* spec. 565. med. 12 et 13. Von Blasphemie aus übermäßiger Frömmigkeit *Leyser* c. l. med. 15. — Bei dieser Gelegenheit bemerkt Leyser: Germani ineptiores sunt, quam ut emendari se patiantur. Die Deutschen sind unverbesserliche Thoren! Ach, bei dem besten Willen, von seinem Volke Gutes zu reden, wie oft wird man sich nicht versucht fühlen, in dieses Urtheil einzustimmen! —

12) Art. 106.

sonen und der Lästerung an Leib, Leben oder Gliedern bestraft werden soll. Indessen herrschte unter den alten Rechtsgelehrten die Meinung, daß die Todesstrafe diejenige sey, welche bei der Blasphemie der Regel nach Statt finde [13]). Während die neuern Rechtsgelehrten milder sind, als das Gesetz, waren die alten nicht selten strenger. Wie viele Menschen sind wohl nicht in Folge dieses strengen Gesetzes oder dieser zu strengen Auslegung des Gesetzes so recht unnützerweise gefoltert, geköpft u. s. w. [14]).

---

13) *Carpzov* practica nova rerum criminalium p. I. qu. 45. nr. 24.

14) Es ist nicht zu sagen, wie hart und strenge die alten Rechtsgelehrten besonders in Sachen waren, die sich auf die Religion beziehen. Selbst Leyser, so gescheut er auch war, so gut er auch zu schreiben versteht, in der Denkungsart ragt er eben nicht über sein Zeitalter hervor. In Religionssachen zeigt er sich eifrig, in Criminalsachen als ein strenger Richter, auch wohl mitunter, in Zuerkennung von Strafen, als ein leichtsinniger, und als einer, der von den Vorurtheilen seiner Zeit nicht frei oder vielmehr noch hinter ihr zurückgeblieben war; und wenn man auf Materien dieser Art stößt, kann man sich nicht enthalten, ihm abgeneigt zu werden. Er glaubt an Gespenster und Zauberer, an pacta cum diabolo und verborgene Künste, wodurch Menschen, Vieh und Früchten geschadet wird, sucht auch diejenigen, die das Gegentheil annehmen, zu widerlegen spec. 608. med. 1 bis 6. Er weiß Mittel gegen Hexen, die sich gegen die Schmerzen der Folter unempfindlich gemacht haben c. l. med. 19. Einem armen „esprit fort," der sich hin und wieder so ausgedrückt hatte, als zweifele er an der Wahrheit gewisser Religionsdogmen, ward die Folter zuerkannt, um ihn zum Geständniß von Blasphemien zu bringen, die man ihm Schuld gab und er geläugnet hatte. *Leyser* spec. 565. med. 25. Ein andrer, der über sein unglückliches Schicksal erbittert, auf die Gottheit geschmäht hatte, ward in's Gefängniß geschickt und fiel nach seiner Freilassung in denselben Fehler zurück — wahrscheinlich, weil dies Mittel nicht geschickt war, ihn mit seinem Schicksal zu versöhnen. Es ward ihm also, um ihn zum Schweigen zu bringen — der Kopf abgeschlagen, welches Leyser sehr billigt; *Leyser* spec. 565. med. 27. sq., obgleich es sich in diesem Fall, selbst nach der Carolina, schwerlich vertheidigen läßt. Es kann wohl keinen Augenblick zweifelhaft seyn,

Aus dem Standpunct des Gesetzgebers erscheint die Sache anders und man sieht bald, daß die Gotteslästerung nicht mit schwerer Strafe belegt werden und daß sie nur überhaupt bestraft werden und nur überhaupt bei Gericht zur Sprache kommen könne, wenn ein andrer sie gehört hat. Ich finde daher vernünftig, was das Preußische Gesetz verordnet, welches die Blasphemie nur (mit Gefängniß) bestraft, wenn dadurch ein öffentliches Aergerniß gegeben ward [15]). Nur unter dieser Voraussetzung läßt sich eine Strafe überhaupt rechtfertigen; doch einer schweren Strafe bedarf es nie, die auch dem Verbrechen nicht angemessen ist und das Jahrhundert nicht duldet.

Was die sogenannte blasphemia mediata betrifft, so lehren die Rechtsgelehrten, sich selbst ungetreu, daß sie zwar auch, jedoch gelinder, zu bestrafen sey, wie die blasphemia immediata. Wäre die mittelbare wirklich Blasphemie, so müßte sie ja auch eben so, wie diese, bestraft werden.

Um endlich noch der Milderungsgründe zu gedenken, so pflegen die Rechtsgelehrten bei diesem Verbrechen als solche gelten zu lassen Trunkenheit — Reue nach der That — und minderjähriges Alter. Mehr noch, wie dies, wird dem Thäter der Zustand seines Gemüths zur Entschul-

---

wenn hier doch einmal geköpft werden sollte, wem eigentlich der Kopf hätte abgeschlagen werden müssen, dem Verbrecher, oder dem Richter, man müßte denn sagen, einem solchen Richter könne gar kein Kopf abgeschlagen werden, er sey wenigstens einem Wahnsinnigen gleich zu achten. (So hart es klingt, so wahr ist es doch. Wie oft tritt wohl nicht überhaupt der Fall ein und ist wenigstens ehedessen häufig eingetreten, daß der strafende Richter eigentlich der zu bestrafende Verbrecher war.) Lies't man überhaupt in den Alten, wie leichtsinnig sie beim Fällen von Todesurtheilen zu Werke gingen, so wundert man sich, wie vor diesen Mördern noch überhaupt Menschen am Leben geblieben sind. Indessen glaubten sie so handeln zu müssen. Ihre Strenge gründete sich auf Religionsideen, auf gewisse Aussprüche der Bibel, auf Glauben und Aberglauben u. s. w.

15) Theil 2. Tit. 20. §. 217. folg.

digung gereichen. Gewöhnlich ist es, daß Menschen, durch die Schläge des Schicksals erbittert, in einem Zustande von Verzweiflung gotteslästerliche Reden ausstoßen und, wie Bürgers Leonore, „mit Gottes Vorsehung vermessen hadern." Zwar singt Euripides [16]:

> Das ist der weisen und gerechten Männer Art,
> Im Elend auch den Göttern nicht zu zürnen;

allein anders sieht die Sache der Dichter an im Zustande der Ruhe, anders der Geplagte, dessen Geduld erschöpft ist. Und gleichwie Injurien, im Zorn oder aus Uebereilung begangen, sehr verzeihlich sind, im Verhältniß gegen solche, die mit Vorbedacht und bei kaltem Blut ausgestoßen wurden, und jene viel minder strafbar sind, als diese; — also scheint dies auch auf Blasphemien, als eine Art von Injurien, anwendbar zu seyn [17].

2.

Von Verbrechen der Gemeinheiten.

Ob eine Personengemeinheit als solche ein Verbrechen begehen könne, ist bekanntlich unter den Rechtsgelehrten streitig. Diejenigen, welche die Frage verneinen, scheinen wenigstens auf den ersten Anblick auf dem rechten Wege zu seyn. Eine solche Personengemeinheit, sagen sie, drückt immer nur eine Beziehung mehrerer zu einander aus und es wird dadurch

16) Nach der Uebersetzung von Bothe.

17) Der Gerichtsgebrauch ist auch dafür. *Leyser* spec. 565. med. 27. sq.

keine neue Substanz begründet. Sie, als eine erdichtete Person, ist keines bösen Willens, keiner Schuld fähig; es kann bei ihr überhaupt von keiner Zurechnung die Rede seyn. Die einzelnen Glieder der Gemeinheit können freilich als physische Personen Verbrechen begehen; sie sind des Dolus, sie der Culpa fähig. Wenn aber auch alle gemeinschaftlich handeln, entstehe nie der Begriff eines delicti universitatis, sondern es bleibe ein delictum singulorum, die hier als Miturheber zu betrachten sind [1]). Andre nehmen zwar an, daß eine Gesellschaft ein Verbrechen begehen könne, erklären aber nur solche Verbrechen für delicta universitatis, wozu alle Mitglieder der Genossenschaft ihre Stimme gegeben haben. Die Mehrheit der Stimmen sey nicht hinlänglich, sondern, wenn nur die meisten für das Verbrechen gestimmt haben, so sey dies bloß ein Verbrechen der Glieder der Gemeinheit [2]). Dieser Meinung scheint auch Meister zu seyn. Er nimmt an, daß ein Verbrechen, woran alle und jede Mitglieder der Gemeinheit als solche Theil genommen haben und was in collegialischer Form verübt ist, zufolge der positiven Gesetze als ein delictum universitatis angesehen werden könne [3]).

Die Frage muß nach meinem Ermessen bejaht werden. Eine Gemeinheit als solche kann, wie Tittmann mit Recht bemerkt, handeln; folglich kann sie auch gegen Strafgesetze han-

---

1) *Nettelbladt* jurispr. gen. §. 877. Klein Archiv des Criminalrechts Bd. 3. St. 3. No. 2. Derselbe zu Quistorp Grundf. des peinl. Rechts §. 31. in der Note. Nur die Menschen, welche die Gesellschaft ausmachen, bemerkt Klein — am zuletzt angeführten Ort — nicht der abgezogene Begriff ihrer Vereinigung, können Verbrechen begehen; aber das Verbrechen kann der Landespolizei Gründe geben, die Gesellschaft aufzuheben oder zu beschränken u. s. w.

2) *Koch* Princ. jur. crim. §. 40.

3) *Meister* Princ. jur. crim. §. 33.

handeln [4]). Was auf die verfassungsmäßige Art von den Gliedern der Gesellschaft beschlossen und ausgeführt worden, muß als Handlung der Universitas angesehen werden und insofern es Strafgesetzen zuwiderläuft, ist es ein Verbrechen. Einmüthigkeit aller Glieder der Genossenschaft ist dazu nicht erforderlich, sondern, wenn bei Beschlüssen, der Verfassung der Genossenschaft gemäß, Stimmenmehrheit den Ausschlag giebt, genügt Stimmenmehrheit [5]). Wenn man sagt, die Universitas sey keines Dolus und keiner Culpa fähig und könne deshalb kein Verbrechen begehen, so muß man noch einen Schritt weiter gehen und behaupten, sie könne gar kein Vermögen erwerben, keine Güter haben, keine Rechte erlangen und keine Verbindlichkeiten auf sich laden. Und doch fließt dieses aus derselben Quelle, derentwegen man annehmen muß, daß sie ein Verbrechen begehen könne. Obwohl sie kein wirkliches Daseyn hat, wird sie doch im Rechtssinn als eine Person betrachtet und, was ihre sichtbaren Stellvertreter auf die verfassungsmäßige Art vornehmen, ist als von ihr ausgegangen anzusehen. Man kann diesem intellectuellen Wesen nicht in dem einen Fall ein Daseyn beilegen und es in dem andern abläugnen.

Man muß hier aber zwei Fragen unterscheiden:

1) Kann eine Universitas ein Verbrechen begehen?

2) Kann sie wegen eines Verbrechens bestraft werden?

Die erste Frage ist beantwortet; es ist also nur übrig, die zweite zu beantworten.

Also eine ganz andre von der vorigen verschiedene Frage

---

4) Tittmann Handb. des peinl. Rechts 1. Thl. §. 35.

5) Refertur ad universos, quod publice fit per majorem partem. *L.* 160. *D. de reg. jur.* und: Quod major pars curiae effecit, pro eo habetur, ac si omnes egerint.

ist es, ob die Genossenschaft selbst wegen der gesetzwidrigen Handlungen ihrer Glieder bestraft werden könne und diese Frage muß — nach Rechtsgrundsätzen und abgesehen von dem, was wohl de facto einmal geschehen ist — eben so bestimmt verneint werden, wie jene bejaht werden mußte. Bestraft werden können nur diejenigen Glieder persönlich, welche an den Beschlüssen oder Handlungen der Universitas Theil genommen haben. Die Universitas handelt nicht selbst; ihre sichtbaren Stellvertreter handeln an ihrer Statt und diese sind es dann auch, die an ihrer Statt die Strafe leiden, die sie allein verschuldet haben und sie allein empfinden können. Gleichwie sie die That auf sich nahmen, müssen sie auch die Strafe auf sich nehmen. Die Universitas selbst kann nicht bestraft werden,

1) weil sie nicht verschuldet ist. In Hinsicht auf die Strafe ist es wahr, was Hommel gegen die Möglichkeit anführt, daß eine Universitas ein Verbrechen begehen könne: im Fach des Criminalrechts gelten keine Erdichtungen [6]);

2) weil sie die Strafe nicht fühlen kann;

3) weil der Grundsatz: Poena non tenet nisi auctores [7]) nicht duldet, daß überstimmte und künftige Glieder mitbestraft werden. Ja, da die Gemeinheiten kleine Staaten im Staate bilden, dem höhern Zweck des Staates dienen oder gar Staatsanstalten sind, so würde der strafende Staat sich am Ende selbst Strafe auflegen.

Käme es aber nur darauf an, gegen einzelne sämmtlich Strafbare unter einem Collectivnamen eine Strafe zu erkennen, die sich auf diese beschränkte und ihre Wirkung nicht über

---

6) *Hommel* Rhapsodia quaestionum obs. 601. 3.

7) L. 22. C. de poenis.

ihre Personen ausdehnte; — das könnte mit den Grundsätzen der Gerechtigkeit wohl bestehen.

Was nun das Römische Recht betrifft, so wird selbiges hier, wie oftmals, für entgegengesetzte Meinungen zugleich zur Bestätigung angeführt. Ulpian schreibt in Beziehung auf die actio quod metus causa: Sive singularis sit persona, quae metum intulit, vel populus vel curia vel collegium vel corpus, huic edicto locus erit [8]). Da nun hier vom widerrechtlichen Zwange die Rede ist, so scheint die Stelle den aufgestellten Satz zu bestätigen, daß eine Universitas eine unerlaubte Handlung begehen könne. Mehr erhellet daraus nicht. Denn die Stelle läßt unentschieden, wer wegen der Handlung in Ansprache zu nehmen sey. Derselbe Ulpian lehrt an einer andern Stelle [9]): Sed an in municipes de dolo detur actio? Dubitatur. Et puto, ex suo quidem dolo non posse dari: quid enim municipes dolo facere possunt? Sed si quid ad eos pervenit ex dolo eorum, qui res eorum administrant, puto dandam und diese soll mit der vorigen in Widerspruch stehen. Ich finde hier keinen Widerspruch. Es scheint mir eine falsche Voraussetzung zu seyn, als ob Ulpian die Municipes für eine Universitas personarum gehalten hätte. Er scheint sagen zu wollen, wie kann bei einer solchen ungeordneten Menge von einem Dolus die Rede seyn, da sie selbst nicht handelt. Ulpian setzt sogleich noch hinzu: De dolo autem decurionum in ipsos decuriones dabitur de dolo actio. Der Sinn der Stelle scheint zu seyn: Nicht die Municipes selbst sind verantwortlich, sondern ihre Vorsteher, als welche an ihre Stelle handeln. Da-

---

8) L. 9. §. 1. D. quod metus causa.

9) *L.* 15. §. 1. *D. de dolo malo.*

bei entsteht die Frage, gegen wen die Klage gerichtet sey, ob der ordo decurionum gemeint sey, oder die Einzelnen. Ohne Zweifel die letztern; die Worte in *ipsos* decuriones datur actio geben deutlich zu erkennen, daß die decuriones persönlich verhaftet sind. Anders konnte dies ja gar nicht ausgedrückt werden.

3.

Vom Beweise, der bei der solutio indebiti zu führen ist.

Die Frage, die ich hier erörtern will, finde ich zu meiner Verwunderung von den Rechtsgelehrten vernachlässigt, wiewohl sie nicht unwürdig und keinesweges leicht zu beantworten ist. Vielleicht sind es gerade diese beiden Umstände, welche die Rechtsgelehrten davon abgehalten haben; denn diese pflegen unwichtige Dinge mit der größten Wichtigkeit zu behandeln und im Vortrage solcher Wahrheiten sich besonders zu gefallen, die jeder ohne ihre Hülfe von selbst gefunden hätte. Ueber das Schwere sucht man oft vergebens sich Raths bei ihnen zu erholen, während hundert vortragen, was Niemand wissen mag.

Die Frage, was derjenige zu beweisen habe, welcher behauptet, ein Indebitum bezahlt zu haben, wird von den Rechtsgelehrten nicht erörtert, sondern berührt und verschieden beantwortet. Einige sagen, es müsse bewiesen werden, daß der Zahlende ein Indebitum und zugleich, daß er aus Irrthum zahlte; jedoch sey der Irrthum wahrscheinlich, so daß

der Zahlende in Ansehung des Irrthums zum Suppletorio gelangen könne [1]). Hingegen lehrt Carpzov mit Baldus Folgendes: Non sufficit solutionem indebiti allegari, sed quia haec facti est, *perinde ac ignorantia seu error*, probanda erit; ideo in condictione indebiti duo externa actor probare debet, nempe *solutionem et ignorantiam sive errorem* (l. 5. in pr. D. de prob.) *quamvis hic praesumatur*, quia agitur de damno vitando, quo nomine et proprii facti ignorantia toleratur, ut in l. 22. §. 1. D. de cond. ind. [2]). Also, es soll bewiesen werden, die Zahlung — ob die bloße Zahlung oder die solutio *indebiti*, bleibt ungewiß — und der Irrthum; und dieser Irrthum, welcher bewiesen werden soll, soll auch zugleich vermuthet werden und zwar deshalb, weil in dieser Sphäre auch die ignorantia facti proprii — entschuldigt wird. So übel dies alles zusammenhängt, so hat doch Weber diese Meinung des Carpzov angenommen, nachdem er sie zuvor im Stillen verbessert hat; denn er lehrt: *Probato indebito, error praesumitur* et accipiens, qui dantem consulto illud solvisse excipit, de scientia allegata judici fidem facere debet. Als Grund führt Weber an: Nemo suum jactare videtur [3]).

Ueber die Frage, wovon hier die Rede ist, handelt ziemlich ausführlich Paulus in der L. 25. D. de prob. — Er will die Frage erörtern, wem die Last obliege, zu beweisen, ob dem einen: daß eine wahre Schuld

---

1) *Brunemann* ad l. 1. D. h. t. *Hellfeld* jurispr. for. §. 833. Glück Erläuterung der II. Theil 12. S. 119. 120.

2) *Carpzov* jurispr. for. P. 2. const. 28. Def. 21. No. 5. — 3) *Weber* de usuris indebite solutis §. 22. (Dessen Versuche über das Civilrecht S. 327.)

vorhanden, oder dem andern: daß sie es nicht gewesen. (Cum de indebito quaeritur, quis probare debet, non fuisse debitum?) Er geht von dem Grundsatz aus, die Vermuthung streitet gegen den Geber. Von ihm ist anzunehmen, er habe nur bezahlt, was er zu zahlen schuldig gewesen; denn, die Menschen, sagt er, sind nicht eben sehr geneigt, das Ihrige wegzuwerfen. (Qui enim solvit, nunquam ita resupinus est, ut facile suas pecunias jactet et indebitas effundat etc.) — Freilich, sie sind im Allgemeinen mehr geneigt, zu nehmen, als zu geben, und wenigstens, wenn sie geben, wollen sie auch das Ansehen davon haben. — Aus diesen Vordersätzen folgt nur, daß der Geber das Indebitum (nicht den Error) beweisen müsse. Paulus indessen begnügt sich nicht, diesen Schluß daraus abzuleiten, sondern, indem er schließt, mengt er den Irrthum mit ein: der Geber soll beweisen, daß er, verleitet durch Betrug des Empfängers, oder irre geführt durch Unkunde der Thatsachen, in Fällen, wo die Gesetze sie zu Gute halten, die Nichtschuld bezahlt habe. (— et ideo eum, qui dicit indebitas solvisse, compelli ad probationes, quod per dolum accipientis *vel aliquam justam ignorantiae causam* indebitum ab eo solutum: et, nisi hoc ostenderit, nullam eum repetionem habere.) Hier scheint nun die Frage klar dahin entschieden zu seyn, daß der Geber nicht bloß das Indebitum, sondern auch den Error beweisen müsse. Allein gleichwie der Error und der Dolus zu der aufgeworfenen Frage und in den Schluß nicht mit gehören und Paulus nur untersuchen wollte, wer das Debitum oder Indebitum beweisen müsse, so könnten es wohl bloß positive Mittel seyn, die der Rechtsgelehrte dem Zahlenden an die Hand giebt, den negativen Satz zu beweisen; oder sind es etwa

bloße Zwischensätze, wodurch der Jurist die Voraussetzungen der Zurückforderung gelegentlich andeutet, bloße — Parenthesen? Liest man weiter, so läßt Paulus den Beweis des Irrthums bald weg, bald spricht er wieder davon. Nämlich 1) wer da behauptet, er habe mehr bezahlt, als er schuldig war, der soll beweisen, daß er weniger schuldig war; 2) wer behauptet, er habe bezahlt, was bezahlt war, der soll beweisen, daß er aus Irrthum (per errorem) eine Schuld tilgte, die bereits erloschen war; 3) wer gegen die Forderung durch eine peremtorische Einrede geschützt war, der soll darthun, daß er, obwohl geschützt durch die Einrede, weil er dies nicht wußte (nesciens) sein Geld weggegeben. Dies *nesciens* ist besonders wichtig; alles übrige ließe sich wegreden; dies *nesciens* deutet auf einen besondern Beweis der Unkunde hin, der von dem Beweise der Nichtschuld verschieden ist. Endlich 4) handelt Paulus von demjenigen, der sich indebite verbindlich machte und dieser soll (wenn die Schuldverschreibung die causam debendi ausdrückt) beweisen, er habe sich indebite verbindlich gemacht. Des Irrthums oder der Unwissenheit, die er zugleich auch beweisen müßte, geschieht in diesem Fall keine Erwähnung.

Ueber den vierten Fall habe ich bereits in der Lehre vom Geständniß geredet und wir haben gesehen, es muß auch in diesem vierten Fall — der Irrthum bewiesen werden. Um so mehr wird man geneigt seyn, dies von den übrigen anzunehmen. Wir können uns aber hier genau an dasjenige halten, was Paulus lehrt und in sonstigen Grundsätzen und in andern Stellen seine Bestätigung findet.

I. Wer eine Sache oder eine Mehrheit von Sachen als indebitum zurückfordert, gründet sich darauf, daß er aus einem zu entschuldigenden Versehen bezahlt habe, was er zu bezah-

len nicht schuldig war. Der bloße Umstand, daß er gezahlt habe, was er zu zahlen nicht schuldig war, begründet sein Verlangen — die Zurückforderung — nicht; er muß aus Irrthum gezahlt haben. Er muß also beweisen, 1) daß keine Schuld vorhanden; sie muß entweder nie vorhanden gewesen, oder bereits getilgt oder der Schuldner durch eine peremtorische Einrede geschützt seyn; daß er aber 2) geglaubt habe, sie sey vorhanden, oder sie sey noch nicht getilgt, er dagegen durch Einrede nicht geschützt. Das ist also das Thema probandum, was hier dem Kläger aufzulegen ist. Zuvörderst muß er beweisen, er sey nicht schuldig gewesen; auch reicht die Vermuthung, wovon Paulus spricht, nicht weiter; er muß aber auch den Irrthum beweisen, wovon es ebenfalls zu heißen pflegt, error non praesumitur. Es ist wahrscheinlicher, daß Jemand mit Absicht, als daß er im Irrthum gehandelt habe, wahrscheinlicher der regelmäßige Zustand, als der fehlerhafte. Gewöhnlich wird es indessen keines besondern Beweises des Irrthums bedürfen; der Kläger wird gar nicht umhin kommen können, in der Klage die Umstände anzuführen, die das Versehen herbeigeführt haben und diese Umstände werden zu gleicher Zeit das *indebitum* und den *error* beweisen.

Daß der Irrthum nicht zu vermuthen, sondern zu beweisen sey, scheinen auch folgende Umstände darzuthun. a) Bringt es überhaupt die Regel des Rechts mit sich, daß der error bewiesen werden muß. b) Bekanntlich entschuldigt nicht jeder Irrthum bei der condictio indebiti; es entschuldigt nur derjenige, welcher die Thatsachen betrifft, nicht derjenige, welcher herrührt aus Unkunde gesetzlicher Wahrheiten. Wäre nun Irrthum hier zu vermuthen, mit welchem Recht darf man ge-

rade vermuthen, daß dieser Irrthum die Thatsachen betroffen habe? Mit welchem Recht darf man annehmen, daß er gerade von dieser besondern Art — daß er, wenn ich so sagen darf, von diesem Inhalt gewesen? c) Spricht folgende Stelle im Codex den Satz deutlich genug aus, daß der Irrthum auch hier bewiesen werden müsse.

L. 6. *C. h. t.*

Si *per ignorantiam* facti non debitam quantitatem pro alio solvisti et *hoc*, adito rectore provinciae, *fuerit probatum*, hanc ei, cujus nomine soluta est, restitui eo agente providebit.

II. Wir haben gesehen, daß, nach Paulus, wenn einer behauptet, zuviel bezahlt zu haben, er bloß nöthig hat, zu beweisen, daß er mehr bezahlt habe, als er schuldig gewesen. Paulus erwähnt nämlich in diesem Fall nicht des Irrthums und nimmt den Irrthum nicht mit in den Beweissatz auf. Man wird vielleicht glauben, dies sey bloß übersehen und der Irrthum müsse hier, wie in dem vierten Fall, hinzugedacht werden. Es scheint keinen rechten Zusammenhang zu haben, wenn der Kläger in dem einen Fall den Irrthum beweisen muß, während er im andern davon frei ist. Was in dem Fall gilt, wenn Jemand behauptet, das Ganze sey er nicht schuldig gewesen, dasselbe scheint auch in dem Fall gelten zu müssen, wenn er behauptet, ein Theil des Bezahlten sey ein indebitum gewesen. Und dennoch zweifle ich nicht, daß Paulus in allen Fällen gerade nur das habe sagen wollen, was er wirklich gesagt hat und daß, wo er vom Beweise des Irrthums schweigt, es auch seine Meinung nicht war, daß der Geber ihn führen müsse. Was nun insonderheit den Fall betrifft, wovon hier die Rede ist, so giebt es meines Wissens keine Gesetze, die hier den Beweis des Irrthums hinzusetzen,

wohl aber ist mir eine Stelle im Codex aufgestoßen, die ihn auf eine Art wegläßt, daß wir glauben müssen, der Irrthum gehöre in diesem Fall nicht in das thema probandum.

L. 1. C. h. t.

Pecuniae indebitae per errorem, non ex causa judicati solutae esse repetitionem jure condictionis, non ambigitur. Si quid igitur probare potueris *patrem tuum*, cui heres extitisti, *amplius debito creditori suo persolvisse*, repetere potes.

Wichtig ist diese Entscheidung nicht. Wer eine Schuld tilgt, hat zwar nicht die Absicht, zu schenken, aber er kann doch das Uebermaaß haben schenken wollen. Wenn Jemand klagend zum Richter käme, er sey dem Titius 10 Rthlr. schuldig gewesen und habe statt deren 20 Rthlr. bezahlt, würde der Richter nicht diesen Vortrag mangelhaft finden? Würde er nicht darüber lachen — wenn ein Richter lachen dürfte? Würde er nicht erst fragen: war das Absicht oder Versehen? wenn er gleich aus dem Umstand, daß Titius klagt, wohl vermuthen würde, daß er über ein Versehen klagen wolle. Indessen kann es wohl seyn, daß gerade in Fällen dieser Art die Umstände gewöhnlich zu dem Schluß berechtigen, daß Jemand, der zu viel bezahlt hat, sich nur versehen habe. Z. B. Titius bezahlt dem Wirth bei der eiligen Abreise die Rechnung, und als er sie unterwegs nachliest, findet er, daß darin einiges angesetzt ist, was er nicht gehabt oder daß der Wirth sich verrechnet habe. Hier sieht ein jeder leicht, daß nur ein Versehen im Spiel sey. Das Versehen kann auch bloß im Zuzählen begangen seyn, und das geschieht im gemeinen Leben sehr häufig und Niemand verlangt einen besondern Beweis darüber, daß es nur ein

Versehen sey; man zählt bloß nach und frägt bloß, ob der andere zu viel erhalten hat.

4.

Recognitio documenti per testes.

Es giebt bekanntlich zwei Mittel, die Echtheit einer Urkunde zu beweisen, nämlich die Vergleichung der Handschriften und die Anerkennung der Urkunde durch Zeugen.

Unter der letztern wird zweierlei verstanden; nämlich 1) wenn Zeugen aussagen, daß sie bei der Vollziehung der, bei den Acten befindlichen, Urkunde zugegen gewesen und selbst gesehen haben, daß derjenige, der für den Aussteller ausgegeben wird, sie geschrieben oder wenigstens unterschrieben habe — oder, daß er in ihrer Gegenwart die Urkunde als von ihm ausgestellt anerkannt habe; 2) wenn Zeugen, denen die Handschrift des angeblichen Ausstellers der, bei den Acten befindlichen, Urkunde bekannt ist, in der ihnen vorgelegten die Hand des Producten erkennen [1]). Das Erstere wird besser Beweis der Echtheit der Urkunde durch Zeugen genannt (probatio veritatis documenti per testes) und die Be-

---

1) Die Rechtsgelehrten pflegen sich etwas anders auszudrücken. Wenn die Zeugen, sagen sie, nachdem sie die Urkunde gesehen haben, erklären, sie glaubten, hielten dafür, daß, könnten nicht anders finden, als daß — der angebliche Aussteller diese Urkunde wirklich geschrieben habe. Es ist aber dasselbe.

nennung recognitio per testes paßt für das Letztere besser, dem sie auch vorzugsweise beigelegt zu werden pflegt. — Wenn man es genau nehmen wollte, so kann nur der Gegner die Urkunde anerkennen, gegen den sie zum Beweise vorgelegt wird, gleichwie nur dieser gestehen kann; — und die Anerkennung einer Urkunde ist ja auch nichts anders, als ein Geständniß — indessen hat doch diese Benennung das für sich, daß man auch bei Personen von Anerkennung durch Zeugen spricht und daß die Rede dadurch abgekürzt wird. —

Nun kann es freilich keinen Zweifel leiden, daß die Echtheit einer Urkunde durch Zeugen bewiesen werden kann, welche gesehen haben, daß der angebliche Aussteller sie schrieb, unterschrieb, oder schreiben, unterschreiben ließ — oder welche gehört haben, daß er sich für den Aussteller erklärte. Ob aber auch die Aussage von Zeugen, welche, wegen der Aehnlichkeit der Schriftzüge, in der Handschrift der Frage diejenige des Producten erkennen, bei Gericht brauchbar, ob sie nicht wenigstens von einigem Werth sey, wenn sie auch freilich nicht mit der vorigen von gleichem seyn kann; — das ist eine Frage, worüber die Rechtsgelehrten verschieden denken. Ich nehme sie deshalb auf, diese Frage, weil, wie ich glaube, die Neuern, indem sie sich sehr entschieden gegen diese recognitio documenti per testes erklärten, ihr geradezu allen Werth absprachen — das Kind mit dem Bade verschüttet haben.

Die neuern Rechtsgelehrten, und zum Theil auch die ältern, sprechen ihr deshalb allen Werth ab, weil es mit dieser recognitio documenti per testes auf ein Urtheil hinausgehe und hier gemeinen Zeugen eine Kraft beigelegt wird, die sonst nur Kunstverständige haben, nämlich, zu urtheilen, statt sich auf die Angabe sinnlicher Wahrnehmungen zu be-

schränken. So bemerkt Pufendorf [2]): Et verum utique putamus, solum judicium testium, ut in aliis causis, ita in proposito fidem nullam facere, sed ad judicium peritos adhibendos esse. Eben so verwirft Schaumburg beim Beweise der Echtheit von Urkunden alle andre Zeugen, als die bei der Unterschrift zugegen waren oder doch sonst eine sichere Wissenschaft davon haben, daß der angebliche Aussteller sie wirklich ausgestellt habe [3]). Grollmann [4]) läßt sich, wie vom Dreifuß, also über sie vernehmen: Die recognitio documenti per testes, als verschieden von der probatio documenti per testes, ist ein Unding. — Auch Gönner ist ihr abhold. Nachdem er sie schon früher gering geachtet [5]), bricht er [6]) den Stab über sie. Diese Anerkennung, sagt er, ist entweder eine Vergleichung der Handschriften oder gar nichts; denn die Zeugen sollen nicht über ein von ihnen wahrgenommenes Factum aussagen, sondern über die Aehnlichkeit einer Handschrift urtheilen, welches dem Begriff eines Zeugnisses widerspricht. Sie ist auch, setzt er hinzu, heut zu Tage bei den Gerichten ganz unbekannt.

Danz [7]) scheint mir hier mehr auf rechtem Wege zu seyn. Er legt der recognitio documenti per testes zwar keinen hohen Werth bei, sagt, sie sey trüglich, sey dies noch mehr, wie die comparatio literarum durch Kunstverständige, wovon er auch schon bemerkte, daß sie sehr trüglich sey; er verachtet sie indessen nicht ganz. Wenn auch, sagt er, die Zeugen die Handschrift in der ihnen vorgelegten Ur-

2) tom. 2. obs. 82.

3) princ. prax. jur. jud. lib. 1. sect. 1. membr. 3. cap. 3. §. 27.

4) Theorie des gerichtl. Verfahrens §. 89. Note 2.

5) Handbuch des Processes §. 15.

6) in der Note a. zu Danz Grundſ. des ord. Proc. §. 339.

7) Grundſ. des ord. Proc. §. 340.

kunde für diejenige des angeblichen Ausstellers erkennen, so erzeuget doch dieses nur eine Vermuthung für die Richtigkeit der Urkunde und zwar, wenn nicht besondre unterstützende Umstände hinzutreten, eine so schwache, daß der Richter selten auf den Erfüllungseid, sondern gewöhnlich nur auf den Reinigungseid erkennen kann. Also redet Danz. Mir scheint die Sache wenigstens nicht so offenbar verwerflich zu seyn, daß sie nicht einer nähern Betrachtung zu unterziehen wäre.

Zuvörderst ist die recognitio documenti per testes eine Handlung, welche der Vergleichung der Handschriften ähnlich ist; sie ist aber mit ihr nicht dieselbe. Bei der comparatio literarum halten Schreibverständige zwei Schriften, von denen die eine von dem Aussteller herrührt, die andre von ihm herrühren soll, gegen einander, prüfen sie und geben ihr mit Gründen unterstütztes Gutachten ab, ob und in welchem Grade beide einander ähnlich sehen [8]). Hier aber treten gemeine Zeugen auf, welche nicht aus Gründen ihr Gutachten abgeben, ob anzunehmen, daß die streitige Schrift von dem angeblichen Aussteller herrühre oder nicht, sondern vielmehr, wenn auch mit andern Worten, aussagen, die Schriftzüge, die wir hier sehen, sehen gerade so aus, machen denselben Eindruck auf unser Auge, wie die Schriftzüge, die

8) Bei der comparatio literarum — das will ich hier gelegentlich bemerken — muß man billig eine solche Handschrift des Producten zur Vergleichung mit der bei den Acten befindlichen zu erhalten suchen, welche etwa um dieselbe Zeit geschrieben ist, da die Urkunde der Frage ausgestellt seyn soll, weil die Handschrift sich mit den Jahren verändert. Das bemerkt Stryck (de jure sensuum cap. I. no. 71.) unter Berufung auf die Nov. 73. prooem. Ich will nicht sagen, daß es nicht gut sey; aber nothwendig scheint es nicht zu seyn. Die Handschrift kann zwar mit den Jahren an Schönheit und Festigkeit verlieren, aber die Art zu schreiben pflegt sich doch nicht oder nur wenig zu verändern.

wir von dem Aussteller aus andern Schriften kennen — oder vielmehr umgekehrt, die Schriftzüge des angeblichen Ausstellers der Urkunde, die wir früher gesehen haben, sahen gerade so aus, wie diese, machten denselben Eindruck auf unser Auge. Sie urtheilen also nicht, sondern sagen aus, was sie sehen oder vielmehr gesehen haben. Ja, in der That, sie berichten nur, was sie gesehen haben; das Bild, was sie in den Schriftzügen des Producten vor Augen hatten, bringen sie, durch Hinweisung auf das bei den Acten befindliche Bild, auch dem Richter zur Anschauung. Man wird einwenden, es liege dabei immer eine Vergleichung zwischen zweien Objecten und eine Aussage über die Uebereinstimmung oder Nichtübereinstimmung beider zum Grunde, mithin ein Urtheil. Allein, wenn wir dies auch zugeben wollen, so scheint doch ein Urtheil dieser Art nicht über die Gränzen eines Zeugnisses hinauszugehen. Denn, wenn der Zeuge z. B. aussagt, wie eine gewisse Sache beschaffen gewesen, wie sie geschmeckt, gerochen, ausgesehen habe, was thut er anders, als daß er den Eindruck, den diese Sache auf ihn machte, mit andern, die denselben Eindruck auf ihn machten, vergleicht und das Resultat seiner Vergleichung angiebt? Und lassen wir nicht auch in andern Fällen eine Anerkennung von Personen oder Sachen durch Zeugen unbedenklich zu? Lassen wir nicht selbst im Criminalproceß und in den wichtigsten Angelegenheiten die Person, den Beschuldigten nämlich, durch Zeugen recognosciren? Es ist nun dabei zwar von Identität, nicht, wie hier, von bloßer Aehnlichkeit die Rede, wir würden aber auch die Aussage von Zeugen über die Aehnlichkeit gewisser Personen oder Sachen nicht verwerfen. Nicht alles Urtheil überschreitet die Function der Zeugen. Ein Zeuge soll

zwar dem Richter nicht in's Amt greifen, wie ich schon früher gesagt habe; er kann aber doch insofern urtheilen, als dieses Urtheil ausdrückt, wie ein früherer Zustand gewesen ist, z. B. der Schlag war heftig; das abgebrannte Haus war groß, größer, als alle übrigen in der Nähe; oder war alt, verfallen u. s. w.

Das mag seyn, sagt Ihr; aber es muß doch ein solches Urtheil die gemeine Fähigkeit, zu urtheilen, nicht überschreiten. Wir wollen deine Lehre gelten lassen, wenn von Dingen die Rede ist, welche in dem Gesichtskreis eines jeden liegen, in Ansehung deren jeder Mensch mit gesunden Sinnen die Fähigkeit hat, zu prüfen, zu vergleichen und das Ergebniß seiner Vergleichung anzugeben, so daß die Aussage des einen so viel werth ist, wie diejenige des andern. Aber das paßt hier nicht; hier reichen gemeine Fähigkeiten nicht aus; hier kommt es auf die besondern Kenntnisse einer Kunst an, und man muß zu denjenigen seine Zuflucht nehmen, welche in dieser Kunst Meister sind. Hier handelt es sich von dem, was ein Künstler gemacht hat, worüber ein andrer, und zwar ein Meister in der Kunst, urtheilen soll, ob es echt oder nachgemacht, in den Strichen und Zügen, im Licht und im Schatten mit einem andern Kunstwerk übereinkomme, so daß anzunehmen, daß beide von demselben Künstler herrühren u. s. w.

Wenn ich hier den Satz vertheidige, daß die Anerkennung einer Handschrift durch Zeugen geschehen könne, so setze ich billig voraus und ich denke diejenigen, welche ihn ursprünglich aufstellten, haben ebenfalls vorausgesetzt, ja es scheint sich von selbst zu verstehen, daß diese Zeugen — selbst schreiben können, im Schreiben, wie im Lesen fremder Handschriften geübt sind. Kurz ich setze voraus — Personen, welche in der

Kunst,

Kunst, wovon hier die Rede ist, nämlich zu schreiben, erfahren sind. Ihr wollt Kunstverständige haben; nun wohl, hier sind welche. In einer so gemeinen Kunst ist fast jeder ein Kunstverständiger; nur freilich nicht jeder in gleichem Grade. Man braucht aber eben kein Schreibmeister zu seyn, um eine Handschrift wieder zu erkennen, und soweit ist fast jeder ein Schreibverständiger, daß er die Aehnlichkeit einer Handschrift mit einer ihm bekannten finden kann. Was den Zeugen entgegensteht, ist, daß sie die Handschrift des angeblichen Ausstellers der Urkunde nicht vor Augen haben, sie nicht mit der bei den Acten befindlichen zusammenhalten und ihnen daher das Uebereinstimmende und Unterscheidende nicht so auffällt, wie, wenn sie beide zugleich vor Augen hätten, ihnen auch die feinern Merkmale, welche dieselbe oder eine verschiedene Hand verrathen, eher, wie dem Meister, entgehen können. Das setzt sie nun freilich gegen den Meister zurück, macht sie aber nicht ganz unfähig. Vielmehr lehrt die tägliche Erfahrung, daß man auch aus bloßer Erinnerung sehr wohl im Stande sey, eine Handschrift wieder zu erkennen, ohne sich unter hundert Fällen einmal zu irren. Frage nur jeder sich selbst, wie oft ihm nicht schon der Fall begegnet ist, wenn ihm Briefe oder andre Schriften zu Gesicht kamen, die ohne Unterschrift waren, daß er auf der Stelle sagte, das hat Titius geschrieben, oder, es fehlt zwar die Unterschrift, aber es ist die Hand des Titius; ob er das nicht mit der größten Zuverlässigkeit sagte, wenn von Personen die Rede war, deren Handschrift er oftmals zu sehen Gelegenheit hatte; ob nicht andre mit ihm dasselbe sagten und ob ihre Behauptung sich nicht bestätigte. Der Richter wird hier gar nicht nöthig haben, zu fragen, wie man sich sonst in Civilsachen zu fragen erlaubt: Kennt Ihr diese

Hand, hat nicht Titius das geschrieben? sondern, wer hat dies geschrieben? und in vielen Fällen werden zehn, statt eines, wie mit Einem Munde antworten: Titius. Der erste wird hinzusetzen: dieses weiß ich ganz gewiß, denn Titius war bei dem Gericht, dem ich vorsaß, als Schreiber angestellt, und ich habe viele Jahre hindurch täglich Gelegenheit gehabt, ihn schreiben und seine Schriften zu sehen; der zweite: Titius war mein vertrauter Freund und wir haben viele Jahre mit einander Briefe gewechselt; der dritte: wir waren viele Jahre mit einander bei der Regierung angestellt und haben täglich neben einander an Einem Tisch geschrieben, ich kenne seine Hand, wie ich die meinige kenne; der vierte: Titius war viele Jahre Schreiber beim Landgericht, seine Schriften waren in Stadt und Land bekannt u. s. w. u. s. w. Nun können sich zwar die Zeugen irren, selbst in diesen Fällen — und in andern noch mehr; sie sind, wie von ihrem Leben, überzeugt, Titius habe das geschrieben — und Titius hat es nicht geschrieben; denn bekanntlich ist es möglich, Handschriften täuschend nachzumachen; auch schreiben schon von Natur verschiedene Personen bisweilen Hände, die so ähnlich sind, daß man sie mit einander verwechseln kann; daraus folgt aber nicht, daß dieses Mittel gar keinen Werth habe. Ich setze voraus, daß die comparatio literarum, welcher dieselben Gründe entgegenstehen, und die der recognitio per testes vorzuziehen ist (wenn sie gleich in gewisser Hinsicht wieder minder vorzüglich ist, weil nämlich den Zeugen die Hand des Producten nicht bloß aus Einer Handschrift, sondern aus vielen bekannt ist und sie gewissermaßen alle diese vielen Handschriften mit der bei den Acten befindlichen vergleichen) nicht anwendbar ist, weil man keine Handschrift besitzt, die man mit der bei den Acten befindlichen vergleichen kann. In diesem

Fall wird man sich mit dem minder vorzüglichen Mittel der recognitio per testes begnügen müssen, nicht, um die Echtheit der Handschrift vollständig zu beweisen, wovon freilich hier noch weniger, wie bei der comparatio literarum, die Rede seyn kann, sondern, um in Gemeinschaft mit andern, aus den Acten bekannten oder zu beweisenden, Umständen die Echtheit der Urkunde wahrscheinlich zu machen, so daß der Richter auf einen nothwendigen Eid, wenigstens auf ein purgatorium, erkennen kann.

Wenn endlich Gönner behauptet, daß die recognitio documenti per testes gegenwärtig in den Gerichten unbekannt sey, so rührt diese Behauptung wohl daher, daß man sich nur selten in dem Fall befindet, von diesem, in subsidium anwendbaren, Mittel Gebrauch machen zu müssen und daß jenem Schriftsteller Fälle dieser Art nicht vorgekommen sind. Reichhard, der dies Mittel in der Theorie nicht für zulässig hält, bemerkt im Gegentheil, der Gebrauch dulde es. *Res tamen extra Saxoniam* — dessen Gesetze es ausdrücklich verwerfen — *usu fori comprobatur* [9]).

5.

Sollen die Zeugen vor, oder nach der Vernehmung schwören?

Der Natur der Sache nach müssen Zeugen erst aussagen, dann schwören; sie müssen das, was sie ausgesagt ha-

9) *Reichhard* ad *Schaumburgi* princ. prax. jur. lib. I. sect. I. membr. 3. cap. 3. §. 27. nota 2. Er beruft sich dabei auf Seyfart

ben, mit einem Eide bestätigen; jetzt aber [1]) versprechen sie, gleichwie bei Verträgen; sie machen mittelst Eides sich anheischig, die Wahrheit zu sagen, und dann erst beantworten sie die ihnen vorgelegten Fragen; kurz, der Eid, den sie leisten, ist juramentum promissorium, statt daß er, wie das juramentum litis decisorium, *assertorium* seyn sollte. Freilich scheint es nun am Ende ziemlich gleichgültig zu seyn, wenn sie nur schwören, ob dies vorher geschieht, oder nachher — vorausgesetzt, daß sie im letztern Fall vor dem Verhör davon unterrichtet waren, daß sie ihre Aussage würden beschwören müssen; — es hat sogar unsre fehlerhafte Art einen Nutzen, der nicht dabei beabsichtigt ist — mögliche Vervielfältigung der Eide zu verhüten. Wenn nämlich der Fall eintritt, da das Verhör wiederholt werden muß, weil der Zeuge seine Aussage erläutern soll, da bedarf es nicht der Wiederholung des Eides, wenn der Zeuge ihn vor dem Verhör geschworen hat; es kann dies vollends keinen Zweifel leiden, wenn er *de tota causa* geschworen [2]), d. h. eidlich versprochen hat, daß er alles, worüber er in dieser Sache befragt oder vernommen werden würde, nach der reinen Wahrheit beantworten wolle. (Es ist dann nur nöthig, daß er vor dem neuen Verhör auf seinen Eid zurückgeführt wird.) Unter dieser Voraussetzung scheint es selbst dann keiner Wiederholung des Eides zu bedürfen, wenn der Gegner sich derselben Zeugen zur Führung seines Gegenbeweises bedient. Es

---

Reichsproceß Buch 1. Hauptstück 14. §. 18. *Pufendorf* proc. Luneb. p. 2. c. 8. §. 40. *Brunnemann* proc. civ. c. 19. nr. 36.

1) Nach *L. 9. pr. C. de test.*, wo Kaiser Constantin schreibt: Jurisjurandi religione testes, *prius, quam perhibeant testimonium,* jamdudum arctari praecepimus. —

2) *Hartmann Pistor.* qu. jur. Lib. 4. qu. 41.

scheint ganz unnütz zu seyn, die Zeugen noch einmal zu beeidigen, wenn sie bereits geschworen haben, alle ihnen in dieser Sache vorzulegenden Fragen nach der reinen Wahrheit beantworten zu wollen, indem ja ein so allgemeines Versprechen alle Fragen unter sich begreift, von welcher Seite sie auch kommen mögen. Indessen lehren die Rechtsgelehrten, es bedürfe in diesem Fall der Wiederholung des Eides, welches ich bis dahin, daß triftige Gründe dafür angeführt werden, für falsch erkläre.

6.

Beweis durch Einen Zeugen.

(Fortsetzung einer im ersten Theil enthaltenen Abhandlung.)

Seit Erscheinung des ersten Theils der Ausbeute sind erschienen Beiträge zur Gesetzgebung und practischen Jurisprudenz mit besondrer Rücksicht auf Baiern, eine Zeitschrift in zwanglosen Heften, herausgegeben vom Freiherrn von Zu=Rhein. Darin findet sich S. 32. eine Abhandlung über die Beweiskraft Eines vollgültigen Zeugen, worin ebenfalls der Aussage Eines Zeugen über ein factum proprium volle Beweiskraft beigelegt und die Lehre durch ein Beispiel erläutert wird. Es findet sich zur Bestätigung eine Stelle aus dem Römischen Recht angeführt, die allerdings hieher zu gehören scheint und mir entgangen ist, nämlich *L.* 58. §. 2. *D. de aed. ed.*, wo es heißt: Servum dupla emi, qui rebus ablatis fugit: mox inventus praesentibus honestis viris interrogatus, an et in domo venditoris fu-

gisset, respondet fugisse: Quaero, an standum sit responso servi? Paulus respondit: Si et alia indicia prioris fugae non deficiunt, tunc etiam servi responso credendum est. Ich hatte gesagt, daß die Aussage des (untadelhaften) Zeugen noch durch Vermuthungen unterstützt werden müsse, wenn ihm über sein eignes Factum völliger Glaube zugestellt werden solle, und gerade mit dieser Einschränkung bestätigt die Stelle den Satz. Es giebt zwar eine andre, die ich nun wieder an meinem Theil beisteuern will, wornach, wie es scheint, dem Zeugen über sein eignes Factum — und zwar gerade wieder dem Unfreien über sein Fliehen und dem Herrn Entlaufen — auch ohne daß dies Zeugniß durch andre ausgemittelte Umstände unterstützt wird, zu glauben ist. Paulus lehrt nämlich *L. 7. D. de probat.:* Cum probatio prioris fugae deficit, servi quaestioni credendum est: in se enim interrogari non pro domino aut in dominum videtur; indessen dieser Paulus spricht von *quaestio,* jener von *responsio;* dieser Paulus von einem durch die Folter erzwungenen Geständniß, jener von einem in Güte abgelegten [1]).

Man könnte nun aber gegen L. 58. §. 2. D. de aed. ed. einwenden, 1) sie beweise zuviel, weil darin gar von keinem eidlichen Zeugniß über des Zeugen eigene Handlung die Rede sey. Allein, ist dem Zeugen über sein eignes Factum auf sein bloßes Wort zu glauben, wie viel mehr muß ihm zu glauben seyn, wenn er seine Aussage mit einem Eide erhärtet? Ueberdies muß man wissen — und diese Stelle kann mit andern, von Eiden der Zeugen schweigenden, zur Bestätigung dienen — vor Constantin d. Gr.

1) S. Westphal Lehre des gemeinen Rechts vom Kauf §. 405.

wurden die Zeugen bei den Römern in Civilsachen nicht beeidigt, gleichwie sie vor Constantin — und auch nach ihm — in Civilsachen nicht zum Zeugniß gezwungen wurden. Erst Constantin führte die Beeidigung der Zeugen auch in Civilsachen ein [2]) und Justinian führte ein, daß sie, wie in Criminalsachen, also auch in Civilsachen zum Zeugniß gezwungen werden könnten [3]). Die Classiker legen daher auf die Eidesleistung der Zeugen kein Gewicht, sondern sehen vielmehr bei Zeugen auf das Vermögen, den Stand und andre Gründe der Glaubwürdigkeit [4]). Man könnte ferner einwenden, 2) es sey nur von des Zeugen eigenen unerlaubten Handlung die Rede, worüber sein Zeugniß als ein Geständniß, nicht wie ein Zeugniß zu betrachten sey. Allein, ein Geständniß ist es nur in Hinsicht auf den Sklaven; hingegen in Hinsicht auf den Dritten, von dessen Rechtsverhältnissen hier die Rede war, ist es doch nur ein Zeugniß. Ob nicht aber dennoch Paulus Rücksicht darauf nahm, daß die eigne Handlung des Sklaven eine unerlaubte war? — Ich glaube nicht, zumal man wohl nicht einmal sagen kann, wie das Fliehen der Sklaven durch die Gesetze verboten gewesen sey. Auch war ja hier von einer alten, bereits abgemachten Schuld die Rede und es konnte der Sklave nicht von dem jetzigen Herrn dafür bestraft werden, daß er dem vorigen bisweilen entlaufen war. Paulus zog wahrscheinlich bloß in Betrachtung, daß über die Handlung der Flucht keiner bessere und zuverlässigere Auskunft geben könne, als der Flüchtling, der auch keinen Grund hatte, sich früherer Flucht fälschlich anzuklagen. Es soll seiner Aussage — sogar seiner außergerichtlichen —

---

2) L. 9. C. de test.
3) L. 16. C. de test.

4) S. *Malblanc* doctr. de jurejur. §. 77 u. 78.

zum Nachtheil seines ehemaligen Herrn gereichenden, geglaubt werden, wenn die Wahrheit durch andre Umstände unterstützt wird.

7.

Kann einem Meineidigen der Eid zugeschoben werden?

Nach der Lehre der Rechtsgelehrten kann ein Meineidiger seinem Gegner den Eid zuschieben, wiewohl er ihm nicht zurückgeschoben werden kann, weil aus der Unzulässigkeit der Zurückschiebung nicht mit Sicherheit auf die Unzulässigkeit der Zuschiebung zu schließen ist [1]). Es kann aber einem Meineidigen der Eid von seinem Gegner nicht zugeschoben (und ebendaher auch nicht zurückgeschoben) werden.

Von dem letztern Satz ist meines Wissens Niemanden eingefallen, das Gegentheil zu behaupten; denn Leyser, den Glück dieser Ketzerei beschuldigt, erscheint hier ganz rechtgläubig. Er lehrt nur [2]), einem, der des Meineides verdächtig sey, könne der Eid zugeschoben werden, und schränkt auch diesen Satz, in Hinsicht auf den Richter, noch ein; Schneider aber spricht hier vielleicht aus reinen Vernunftgründen, ohne diesmal Rücksicht auf die Religion zu nehmen und auf das positive Recht [3]).

1) L. 34. §. 8. D. de jurej.

2) Spec. 136. med. 6.

3) S. Schneider vollständige Lehre vom rechtlichen Beweise §. 365. Er bemerkt: Zur Abschwörung des zugeschobenen oder zurückgeschobenen Eides muß der Richter einen jeden selbst dann zulassen, wenn er

Mir scheint, man müsse hier zweierlei unterscheiden: 1) *Zuschiebung des Eides an und für sich* und 2) *Zulassung zum Eide von Seiten des Richters.*

An und für sich ist gar kein Grund vorhanden, weshalb man seinem, wiewohl des Meineides überführten, Gegner den Eid nicht zuschieben dürfte, weshalb man, seiner unerlaubten Handlung wegen, dieses Mittels, Beweis zu führen, beraubt seyn sollte. Wenn eine Partei der andern den Eid zuschiebt, eo ipso erklärt sie, sie wolle sich gefallen lassen, daß dasjenige für wahr angenommen werde, was dieser beschwören wird. Will nun eine Partei das Schicksal des Processes von der Eidesleistung eines Meineidigen abhängig machen, warum sollte sie es nicht können? Der Gegner wird ihr das Recht dazu nicht streitig machen dürfen. Und auch der Richter scheint es nicht zu können. Man kann ja nicht mit Gewißheit sagen, daß der Meineidige in diesem Fall auf's Neue falsch schwören werde; daraus, daß jemand einmal falsch geschworen hat, folgt nicht, daß er immer falsch schwört. Oder denkt man sich unter einem Meineidigen einen, der vom Schwören falscher Eide ein Gewerbe macht? Aber, er kann sich ja gebessert, *er kann ja diesmal Recht haben*, wie auch ein Lügner bisweilen die Wahrheit redet. Es ist nur ein Verdacht, oder *vielmehr nur Mangel an Vertrauen*, vorhanden, auf den aber derjenige, dem allein nur daran gelegen seyn kann, daß darauf geachtet werde, keine Rücksicht genommen wissen will.

Man sagt zwar, die Eideszuschiebung habe zum Zweck,

---

außerdem sich durch begangene Verbrechen aller Glaubwürdigkeit verlustig gemacht und selbst gerichtlich für eidesunfähig erklärt seyn sollte. — Ausdrücklich ist also vom Meineidigen nicht einmal die Rede; wiewohl die Lehre so allgemein lautet, daß er darunter begriffen ist.

dem Richter Beweis zu führen und der Richter könne dem Eide eines Meineidigen keinen Glauben zustellen; so lehren Glück [4]) und Malblank [5]); allein aus diesem Grunde halte ich die Eideszuschiebung hier nicht für verwerflich. Ich habe schon früher erwähnt, der Zweck der Eideszuschiebung sey nicht, Beweis zu führen, sondern sich vom Beweise frei zu machen; der Eid vertritt nur die Stelle des Beweises und zwar der verweigerte die Stelle des gelungenen, wie der angenommene und geschworne die Stelle des mißlungenen vertritt. Besonders aber darf man fragen, wenn die Partei sich gefallen lassen will, daß der Gegner schwöre und daß ihm, wenn er schwört, geglaubt werde, was geht es den Richter an? Die Partei hätte ja dem Gegner den Eid erlassen können, wie sollte es nicht auch von ihr abhängen, zu bestimmen, daß seinem Schwur Glauben zugestellt werde, wenn er ihn auch nicht verdient.

Aber, in der Sache selbst bin ich mit jenen Schriftstellern einverstanden. Es scheint nämlich, daß Rücksicht auf Religion und Sittlichkeit verbieten, daß einer, der einmal falsch geschworen, zum Eide weiter zugelassen werde. Er hat durch den Mißbrauch dieser Religionshandlung sich derselben für immer unfähig und unwürdig gemacht; der Richter, der ihn nicht zuläßt, erinnert sich, daß er ein christlicher Richter sey [6]).

---

4) Erläuterung der II. Theil 12. S. 275.

5) Doctr. de jurejur. ed. 2. §. 42. in fine. Der Letztere führt zwar noch einen andern Grund an, der mir doch aber auch nicht eigentlich der rechte zu seyn scheint. Er bemerkt nämlich: Igitur deferri non potest jusjurandum perjuris, qui, etiamsi deferens contentus esset, tamen arcendi sunt, quoniam probabilitas fidei deficit, judici vero ex officio incumbit, perjuria evitare eoque cultum veri Dei casto jurisjurandi usu promovere. Ich habe schon im Text erwähnt, daß ein Meineidiger nicht eben nothwendig falsch schwört. Des Richters Pflicht ist es auch nicht, Eidesleistung deshalb zu hindern, weil falsche Eide möglich sind.

6) Die Sache würde auch nicht

Zum Ueberfluß hat auch das Canonische Recht ausdrücklich erklärt, daß kein Meineidiger weiter schwören dürfe, weder als Zeuge, noch in eigner Sache.

Can. 14. *Caus.* 22. *Qu.* 5.

Qui semel perjuratus fuerit, nec testis sit post haec, nec ad sacramentum accedat, nec in sua causa vel alterius jurator existat [7]).

8.

Rechte einer Geschwächten.

Wer eine Jungfrau, die einem andern nicht verlobt ist, schwächt, soll nach Mosaischem Recht sie heirathen, wenn aber der Vater sie ihm nicht zum Weibe geben will, sie ausstatten. Es steht dies im zweiten Buch Mosis (Exodus) Cap. 22. V. 16 und 17 [1]). Den Sinn der Stelle hat die Vulgata nicht richtig ausgedrückt; denn darnach ist Stuprator nicht zu dem Einen principaliter und zu dem Andern in subsidium verbunden, sondern zu Beidem zugleich. Er soll die Geschwächte heirathen und ausstatten. Dieser falsche Sinn der Stelle ging in das Canonische Recht über; denn die angeführte Stelle lautet daselbst wörtlich folgendermaßen:

Cap. 1. *X. de adulteriis et stupro.*

Si seduxerit quis virginem nondum desponsatam dor-

---

einmal ausführbar seyn. Alle Welt würde Anstoß daran nehmen.

7) Die beiden zuletzt erwähnten Schriftsteller führen übrigens diese Stelle bei andrer Gelegenheit selbst an; sie ist ihnen also nicht entgangen, vielmehr verdanke ich sie eben ihnen.

1) S. auch 5. Buch. Cap. 22. V. 28. 29. 30.

mieritque cum ea: dotabit eam et habebit uxorem. Si vero pater virginis dare noluerit: reddet pecuniam, juxta modum dotis, quam virgines accipere consueverunt.

In dem nächstfolgenden Capitel rescribirt Pabst Gregor I.: Wer eine Jungfrau schwächt, soll sie heirathen; will er sich dazu nicht bequemen, soll er am Leibe gestraft, von der Kirchengemeinschaft ausgeschlossen und in ein Kloster, Buße darin zu thun, eingesperrt werden, es auch ohne Erlaubniß des Pabstes nimmer verlassen dürfen.

Soviel ist ganz klar, daß nach Mosaischem und Canonischem Recht derjenige, der bei einer Jungfrau schläft, sie — heirathen soll. Dabei zieht nicht die Schwängerung diese Verbindlichkeit nach sich, sondern der bloße Beischlaf. Von einer alternativen Verbindlichkeit zur Heirath oder Ausstattung ist nirgends die Rede. Wohl aber ist der Stuprator, nach der Vulgata, noch neben der Heirath, und auf allen Fall ist er *in subsidium*, zur Ausstattung verbunden.

Die Ausleger haben das Canonische Recht indessen so ausgelegt, ja, ohne ihnen zu nahe zu thun, kann man wohl sagen, verdreht, daß der Stuprator alternativ zu dem einen oder zu dem andern verbunden sey, und er folglich zwischen Beidem die Wahl habe. Daß dies nicht die Meinung des Pabstes gewesen sey, ist leicht zu zeigen und schon von J. H. Böhmer zur Genüge gezeigt [2]).

Was sich etwa aus jenen Stellen machen ließe, wäre eine Pflicht zur Heirath und in subsidium zur Entschädigung. Denn absoluter Zwang zur Ehe soll nicht Statt finden. Da

---

2) Nämlich einmal in der Note zum cap. 2. X. de adult. und dann auch Jus eccl. Prot.

der Stuprator aber zur Heirath verbunden ist, so scheint daraus von selbst zu folgen, wenn er sich dieser Verbindlichkeit entzieht, daß er nicht zur Ausstattung, sondern zur Entschädigung verbunden sey. Indessen ist jene fehlerhafte Auslegung die gebräuchliche geworden und der Gebrauch ist es, der sie schützt. Auf den Gebrauch gründet sich insonderheit auch die Abfindung der Geschwächten, die keine Ausstattung ist und auch für keine Entschädigung gelten kann.

Ein andrer Gesetzgeber würde vielleicht sagen, die bloße Handlung des Beischlafs begründet überall keine Verbindlichkeit; wenn aber die Handlung Folgen gehabt hat, so begründet sie gemeinschaftlich für beide Eltern die Verbindlichkeit zur Ernährung des Kindes. Entschädigung für verlorne Ehre kann eine Person nicht fordern, die diesen Verlust selbst gewollt hat. Und zur Heirath giebt es keine Verbindlichkeit, sondern der Wille, an eine andre Person durch das Band der Ehe für immer geknüpft zu seyn, muß schlechterdings bis auf den letzten Augenblick frei seyn. Eine Verbindlichkeit zur Ehe ist etwas Ungereimtes. Sie kann nicht einmal aus einem Versprechen abgeleitet werden; noch weniger aus bloßer Schwängerung; und am allerwenigsten aus bloßem Beischlaf.

9.

Fortgesetzte Betrachtungen über den Satz, daß der Litisdenunciat das Recht habe, dem Litisdenuncianten beizustehen, aber nicht die Verbindlichkeit.

(S. den ersten Theil S. 349. folg.)

Es kömmt mir noch vor dem Thorschluß eine neuere Schrift zu Gesicht [1]), worin unter der Rubrik Litisdenunciation einige Stellen des Römischen Rechts angeführt und abgedruckt sind, welche von dem im ersten Theil vertheidigten Satz, der Litisdenunciat habe ein Recht, aber keine Verbindlichkeit, dem Litisdenuncianten beizustehen, das Gegentheil zu beweisen scheinen [2]). Zuerst, da ich sie las, schien es auch mir so; sie jagten mir, ich will es nur gestehn, einen kleinen Schrecken ein; allein, ich erholte mich.

Es sind von den in jener Schrift angeführten Stellen drei, die den angegebenen Satz umzustoßen scheinen; nämlich

1) *L.* 62. §. 1. *D. de evict.*

Si ei, qui mihi vendidit, plures heredes exstiterunt, una, de evictione, obligatio est, omnibusque denunciari, et omnes defendere debent . si de industria non venerint in judicium, unus tamen ex his liti substitit: propter denunciationis

---

1) Mühlenbruch Entwurf des gemeinrechtlichen und preußischen Civilprocesses, Halle 1827. S. 103.

2) Womit ich nicht sagen will, daß der Verfasser jener Schrift die entgegengesetzte Meinung hege, und sie durch diese Stellen habe belegen wollen; er hat sich über die Frage, wovon hier die Rede ist, nicht erklärt.

vigorem et praedictam absentiam, omnibus vincit aut vincitur, recteque cum ceteris agam, quod evictionis nomine victi sint.

2) *L.* 74. §. 2. *D. eod.*

Mota quaestione, interim non ad pretium restituendum, sed ad rem defendendam, venditor conveniri potest.

3) *L.* 10. §. 12. *in fine D. mandati.*

Generaliter Julianus ait, si fidejussor ex sua persona omiserit exceptionem, qua reus uti non potuit: si quidem minus honestam, habere eum mandati actionem: quod si eam, qua reus uti potuit, si sciens id fecit, non habiturum mandati actionem; si modo habuit facultatem rei conveniendi, desiderandique, ut ipse susciperet potius judicium vel suo, vel procuratorio nomine.

Die erste Stelle, welche den Satz aufstellt, daß, wenn der Gewährsmann mit Hinterlassung mehrerer Erben gestorben ist, alle von dem Rechtsstreit benachrichtigt und zum Beistande aufgefordert werden und alle dem Erwerber beistehen müssen, ist leicht bei Seite zu schieben. Die Verbindlichkeit zur Gewährsleistung ist, nach dieser Stelle, womit noch einige andre zu verbinden sind, nämlich L. 85. §. 5. L. 139. D. de verb. obl. gleichwie der Kauf, an und für sich untheilbar; daher muß auch jedem der mehrern Miterben der Proceß kund gemacht, alle müssen zum Beistande aufgefordert werden und alle müssen ihn leisten, wenn sie sich nämlich nicht den nachtheiligen Folgen aussetzen wollen, welche die Unterlassung mit sich führt. Das: alle müssen Beistand leisten, alle vertheidigen — *omnes defendere debent* — hat hier noch eine besondere Beziehung; denn es

will sagen, alle zusammen müssen Beistand leisten; es ist nicht genug, daß einer zum Beistande herbeieilt; wenn sie es nicht alle thun, so ist es eben so gut, als wenn keiner Beistand geleistet hätte; in diesem Sinn heißt es, mit Nachdruck auf das erste Wort: *omnes* debent defendere. Daß sie zum Beistande absolut verbunden sind und zum Beistande gezwungen werden können, ist damit noch weniger, als in der L. 75. D. de procurator. gesagt; vielmehr, wenn man die Erklärung gelten läßt, die im ersten Theil von der zuletzt erwähnten Stelle gegeben ist (die überhaupt von allen am meisten ins Gewicht fällt) wird man, daß die Stelle, wovon jetzt die Rede ist, entgegenstehe, zu behaupten, weit entfernt seyn. Ja, wenn man sie näher betrachtet, beweiset sie eher das Gegentheil von dem, was die Worte:

omnibus denunciari et
omnes defendere debent

auf den ersten Anblick vielleicht noch zu beweisen scheinen. Denn, sie bestätigt den anderswoher [3]) bekannten Satz, daß durch die bloße Litisdenunciation für das Interesse des Litisdenuncianten genug gesorgt ist, indem, wenn der Proceß in Abwesenheit des, zum Beistande aufgeforderten Litisdenunciaten, verloren geht, dieser eben so gut zur Gewährsleistung verbunden ist, als, wenn er, auf die geschehene Aufforderung, erschienen wäre und den verlangten Beistand vergebens geleistet hätte.

Die beiden andern Stellen scheinen von größerm Gewicht zu seyn. Denn es scheint daraus hervorzugehen, daß der Gewährsmann auf Leistung des Beistandes belangt werden könne. — Allein, unter *convenire* ist nicht immer *actione con-*

3) L. 7. C. de evict. L. 1. C. de per. et com. rei vend.

convenire zu verstehen; es bedeutet nicht immer klagen, sondern hat auch die Bedeutung von auffordern, erinnern; es kömmt nicht bloß bei Gericht vor, sondern auch außergerichtlich und namentlich auch dann in Gesellschaft mit demselben Wort, worin es in obigen Stellen erscheint, nämlich *desiderare* [4]). Sollte aber ja von einem Begehren bei Gericht in jenen Stellen die Rede seyn, so, glaube ich, würde dies doch in dieser Sphäre auch nicht anders zu nehmen seyn, als daß darunter das Verlangen nach einem Beistande, eine Aufforderung zum Beistande, zu verstehen sey; es würde das *convenire* hier nur ein andrer Ausdruck für dieselbe Sache seyn.

Was kann überhaupt eine oder die andere Stelle beweisen, herausgerissen aus einem Meer von Stellen; nur die Vergleichung mit andern Stellen kann auf die Wahrheit führen.

An wie vielen Stellen ist nicht die Rede von einer bloßen Litisdenunciation; — von einer Litisdenunciation, die zu dem Zweck geschehe, auf daß der Gewährsmann kommen und dem Erwerber beistehen möge [5]). Und heißt es nicht *L.* 3. *C. de evict.*: Qui rem emit et post possidet, *quamdiu evicta non est*, auctorem suum propterea,

---

4) Z. B. *testato* (i. e. coram testibus) *conventus* (L. 10. §. 3. D. quae in fraudem creditorum) *testato convenire et desiderare* (L. 122. D. de verb. oblig.) *testato convenire heredem* (L. 8. pr. D. de bonis libert.) *testato convenire debitorem* (L. 8. §. 8. D. mandati) *testato convenire emtorem*, ne ante mulieri pecuniam exsolveret, quam fisco satisfaceret (L. ult. D. de lege com.) etc. etc. *Brisson.* de verb. sign. sub voc. *convenire* et *testato*.

5) Z. B. *L.* 1. *de per. et com. rei vend.* — Auctor enim ex his tantum causis suo ordine tenetur, quae ex praecedente tempore causam evictionis parant, et ita, *si ei denunciatum est, et causae agendae adesset*, et non absente emtore contra eum pronunciatum est. S. auch L. 49. pr. D. de jud. etc. etc.

quod aliena vel obligata res dicatur, convenire non potest. Man kann freilich gegen diese letztere Stelle einwenden, sie beziehe sich nur auf die Gewährsleistung, wiewohl sie allgemein spricht. Aber, wird nicht das, was in jenen oben angeführten Stellen durch *convenire* bezeichnet ist, an einer andern durch *interpellare* ausgedrückt? *L. 21. C. de evict.* — *interpellare* venditorem sive successorem ejus debes, ut tibi assistant causamque instruant etc.

Ganz besonders kommt aber in Betrachtung, daß einer, der Ansprüche auf die Sache macht, deshalb noch keine hat; daß es gar keinen Grund giebt, weshalb der Gewährsmann genöthigt seyn sollte, den Erwerber gegen bloße Ansprüche, welche andre auf die Sache zu machen für gut finden, zu vertheidigen. Ja, hat einer wirklich Ansprüche auf die Sache, so ist ja aller Beistand, gleichwie aller Widerstand, gegen ihn vergeblich; hat er aber keine, was berechtigt den Erwerber gegen ungegründete Ansprüche anderer Beistand von seinem Gewährsmann zu fordern? Sein Recht geht bloß auf Entschädigung, wenn ihm die Sache entwehrt ist; daß dieses Ereigniß, wo möglich, vermieden werde, deshalb benachrichtigt der Erwerber den Gewährsmann von dem Proceß, damit er ihm zu Hülfe kommen, ihm Vertheidigungsgründe an die Hand geben und dadurch seinen eignen Vortheil in Acht nehmen möge. Ich habe auch bereits bemerkt, daß schon die bloße Benachrichtigung von dem erregten Streit und die bloße Aufforderung zum Beistande das Recht, wenn der Proceß verloren geht, auf den Gewährsmann zurückzugehen, sicher stellt, und es keines Zwanges zum Beistande bedürfe, und ich will nur noch hinzusetzen, daß dem Litisdenuncianten an einem erzwungenen Beistande auch nicht, wenigstens nicht viel, gelegen seyn könne.

Ginge dennoch die Meinung des Römischen Rechts dahin, daß der Gewährsmann zum Beistande gezwungen werden könne, so würde hier ein Fall eintreten, der vielleicht in den Augen mancher niemals, in den Augen andrer häufig vorkommt, nämlich die eine Theorie wäre echt römisch und schlecht, die andere unrömisch, aber gut. Mißverstehen oder Mangel an Kenntniß hätte hier auf den rechten Weg geführt. —

10.

Vom Beweise bei der Eigenthumsklage.

(Während des Drucks.)

Die gewöhnliche Lehre von der Nothwendigkeit des Beweises des dominii auctoris bei der Vindication ward bekanntlich von Thibaut [1]) neulich mit nicht schwachen Gründen angefochten; doch Thibaut hat sie nur merklich erschüttert, aber, wie ich glaube, zur Zeit nicht umgestoßen, was freilich auch bei einer so alten, festgewurzelten Lehre eine Aufgabe war, deren Schwierigkeit und Mißlichkeit Thibaut nicht verkannt hat, dessen Absicht wohl hauptsächlich nur gewesen ist, die Sache zur Sprache zu bringen, indem er selbst zum Widerspruch aufgefordert hat. In Folge dieser Aufforderung will ich — nicht widersprechen (denn, eingeschränkt, wie sie ist, möchte man sagen, sie sey an mich nicht mitgerichtet) sondern nur — meine frühere Ansicht vertheidigen, da ich ex professo vom Eigenthum ge-

1) Archiv für die civilistische Praxis Bd. 6. Nr. 15.

schrieben und jene von Thibaut bestrittene Lehre als die wahre vorgetragen habe.

Als ich jenes Werk vom Eigenthum schrieb und jene beiden Stellen im Codex las, worauf Thibaut seine abweichende Meinung hauptsächlich stützt, nämlich L. 4. C. de probat. [2]) und L. 12. eod. [3]), machten sie, wie ich mich noch wohl erinnere, auch auf mich den Eindruck, als sey es wohl gar die Meinung des Römischen Rechts nicht gewesen, daß der Kläger das dominium auctoris beweisen müsse. Auch hatte ja schon damals Schömann die gewöhnliche Theorie bestritten. Allein, ich schwieg darüber. Denn die gewöhnliche Lehre schien mir durchaus gut zu seyn. Die Natur der Sache und das Römische Recht stimmen darin überein, daß der Kläger, der sein Eigenthum geltend machen will, sein Eigenthum, wenn es bestritten wird, beweisen müsse und dies thema probandum wird dadurch nicht erschöpft, daß er z. B. Kauf und Uebergabe beweis't; das dominium auctoris gehört mit dazu; weil Niemand Rechte auf einen andern übertragen kann, die ihm nicht zustehen oder, höher, weil Niemand geben kann, was er nicht hat. Eine so wohl gegründete Lehre umzustoßen, schienen mir jene beiden Stellen nicht hinlänglich zu seyn; darum schwieg ich davon; — wie ich hier zu meiner Entschuldigung anführe. — So sehr bin ich noch jetzt von der Güte dieser Lehre eingenommen, daß es mich ordentlich schmerzen würde, wenn sie unecht wäre; es würde abermals eine Verbesserung des Römischen Rechts —

2) Proprietatis dominium non tantum instrumento emptionis, sed et quibuscunque aliis legitimis probationibus ostenditur.

3) Cum res non instrumentis gerantur, sed in haec rei gestae testimonium conferatur, factam emptionem, et in vacuam possessionem inductum patrem tuum, pretiumque numeratum, quibus potes, jure proditis probationibus docere debes.

wenigstens eine Fortbildung durch consequente Anwendung seiner Grundsätze — aufgegeben werden müssen.

Indessen, denke ich, befinden wir uns nicht in dieser unangenehmen Lage. Jene beiden Stellen sagen doch immer nicht bestimmt, wie der Vindicant vom Beweise des dominii auctoris frei sey; sie lassen nur etwa den Zweifel entstehen, ob der Vindicant wirklich nöthig habe, das dominium auctoris zu beweisen.

Die erste Stelle spricht schon überhaupt gar nicht von dem, was zum Beweise gehört, sondern von den Beweismitteln; sie lehrt uns, daß, außer dem Kaufbriefe, auch andre Mittel zum Beweise des Eigenthums gebraucht werden können; daß aber der Kaufbrief und zumal derjenige, welcher über den Handel errichtet ist, wodurch der Kläger die Sache erwarb, zum Beweise allein, und in allen Fällen allein, ausreiche, scheint daraus — wenigstens nicht mit Sicherheit zu folgen.

Indessen kann die zweite Stelle, was am Beweise fehlt, vielleicht ergänzen. In dem Fall, wovon an dieser Stelle die Rede ist, war, wie es scheint, kein Kaufbrief verfertigt oder der ausgefertigte verloren gegangen; und das Rückschreiben zählt daher diejenigen Stücke einzeln auf, die von Seiten des Klägers auf andre Art zu beweisen sind; er soll beweisen den Kauf — die Uebergabe — die Bezahlung des Kaufpreises; von einem außerdem zu führenden Beweise des *dominii auctoris* ist nicht die Rede. Daß in diesem Fall von der Vindication und dem Beweise des Eigenthums gehandelt ward, scheint keinen Zweifel zu leiden; wenigstens kann die Publiciana nicht gemeint gewesen seyn, weil bei dieser nicht erforderlich ist, daß das Kaufgeld bezahlt sey, es also auch des Beweises dieses Umstandes nicht bedurfte, der in diesem Fall doch begehrt ward. (Wie auch Thibaut bereits be-

merkt hat.) Es könnte zwar möglich seyn, daß dies gar so ein ausgemachter Rechtssatz nicht gewesen wäre, als wofür wir ihn halten, gestützt auf eine Stelle des Ulpian, der sich etwas unsicher darüber ausdrückt, so daß man kaum weiß, ob er bejahen oder verneinen wollte [4]). Aber, wenn wir jenen Satz auch ferner für richtig annehmen, aus Mangel zureichender Gründe für das Gegentheil, wenn wir auch für ausgemacht annehmen, jene lex Codicis handle von der Vindication und vom Beweise des Eigenthums; — so glaube ich noch immer nicht, daß sie die Ueberzeugung gewähre, es bedürfe, weil in diesem Fall zum Beweise des Eigenthums der Beweis des dominii auctoris nicht nöthig war, auch in andern Fällen eines solchen Beweises nie. Schon die Glossographen hegten die Meinung, die Stelle sey von solchen Fällen zu verstehen, da der Kläger es mit dem Veräußerer selbst oder mit dessen Erben zu thun hat. Wenn man dies für Gewißheit oder auch nur für Vermuthung ausgiebt, so hat diese Meinung nichts für sich und Thibaut hat völlig Recht, wenn er sie verwirft; aber Niemand wird läugnen, daß von einem solchen Fall die Rede gewesen seyn kann; welches — da auch hier von der Beweislast zunächst nicht die Rede war, sondern von den Beweismitteln — schon genug zu seyn scheint, um einen durch diese Stelle zu führenden Beweis zu entkräften. Denn, gleichwie die Ausdrücke des Schreibens nicht andeuten, daß gerade gegen den Verkäufer oder dessen Erben geklagt war, so berechtigt uns auch auf der andern Seite nichts, anzunehmen, daß der Beklagte ein Dritter war. Es bietet sich indessen noch eine andre Erklärung dar, welche die Stelle für

---

4) L. 8. D. de publ. in rem act. Meine Lehre vom Eigenthum §. 56. am Ende.

die gewöhnliche Theorie unschädlich machen würde. Nämlich es kann ja seyn, daß in diesem Fall von Seiten des Beklagten das Dominium auctoris gar nicht in Zweifel gezogen, daß es gar nicht streitig geworden war und daß es ebendaher eines Beweises dieses Umstandes nicht bedurfte. Sollte die Stelle etwas beweisen, so müßten wir doch erst wissen, daß gegen einen Dritten geklagt, unter den Parteien das Dominium auctoris streitig und die Anfrage darauf gerichtet gewesen, was in solchen Fällen der Kläger zu beweisen habe. Jetzt sehen wir bloß, daß, in Ermangelung eines Kaufbriefes, ein Kläger seinen Beweis auch durch andre Mittel führen könne — als worüber nur angefragt war; — das thema probandum ist freilich auch angegeben; aber, wir sind nicht berechtigt, anzunehmen, daß es durch das Angegebene in allen Fällen erschöpft werde. Ja, es kann gar wohl seyn, daß es selbst in diesem Fall dadurch nicht erschöpft ward. Denn, wohl gemerkt, alles, was hier zu beweisen aufgelegt wird, war der gewöhnliche Inhalt eines Kaufbriefes oder hatte doch in diesem Kaufbriefe gestanden und hätte also durch den Kaufbrief bewiesen werden können und die Anfrage betraf bloß den Zweifel, ob wohl das, was man durch einen Kaufbrief zu beweisen pflegt, auch durch andre Mittel bewiesen werden könne; über alles Uebrige war gar nicht angefragt; darum schweigt auch die Antwort darüber. (Wenn man nach dieser Erklärung die Stelle nun noch einmal lies't, wird man, glaube ich, alles deutlich finden und mir hierin beistimmen.) Es handelte sich hier also gar nicht davon, was zum Beweise des Eigenthums nach Verschiedenheit der Fälle gehöre — wenigstens wissen wir es nicht — sondern, auf

welche Art der Inhalt eines Kaufbriefes zu erweisen sey [5]). — Kurz, diese Stelle beweis't noch weniger, als selbst die vorige.

Ueberhaupt können beide Stellen als leges Codicis nicht gar viel beweisen. Wie oft stoßen uns nicht im Codex — ja auch in den übrigen Theilen der Römischen Gesetzsammlung, besonders aber im Codex — Stellen auf, aus denen wir geneigt seyn würden, gewisse Sätze für wahr zu halten, wenn wir nicht aus andern Stellen oder aus der Vergleichung mit andern das Gegentheil wüßten. Beide Stellen können, wie gesagt, höchstens nur etwa zweifelhaft machen, ob wohl nach Römischem Recht der Beweis des dominii auctoris zum Beweise des Eigenthums mitgehört habe, aber sie beweisen nicht das Gegentheil eines Satzes, der aus andern Stellen sich ergiebt, aus sonstigen Grundsätzen mit Nothwendigkeit folgt.

Hingegen giebt es einen Umstand, der in meinen Augen von dem größten Gewicht und ganz dazu geeignet ist, die Richtigkeit der gewöhnlichen Theorie auf eine völlig überzeugende Art zu bestätigen. Dieser Umstand besteht darin, daß Jemand, der ein Pfandrecht geltend machen will, beweisen muß, daß ihm ein Pfandrecht zustehe und daß es zu diesem Ende keinesweges genügt, daß er beweis't, daß der Schuldner ihm die Sache verpfändet habe. Er muß vielmehr, außer dem facto oppignorationis, beweisen, daß derjenige, von dem er sein Pfandrecht ableitet, die Sache in bo-

---

5) Die Stelle ist von den Auslegern dermaßen mißverstanden, daß man sogar, unter Beziehung auf sie, behauptet hat, das Eigenthum könne durch Urkunden, der Regel nach, gar nicht bewiesen werden und namentlich nicht durch den Kaufbrief. *Mascard* de concl. 540. nr. 8. *Struv.* syntagma tit. de rei vind. §. 14. Nota IV. nr. 3.

nis gehabt habe [6]). Gerade so ist es nun auch hier. Es genügt nicht, daß der Vindicant beweis't, sein Gewährsmann habe ihm die Sache durch ein dazu geeignetes Rechtsgeschäft zum Eigenthum überlassen; er muß auch beweisen, daß dieser wirklich Eigenthümer gewesen sey. Es liegt hier immer dieselbe Regel zum Grunde: Wer ein Recht geltend machen will, was er von einem andern ableitet, muß beweisen, daß der andre das Recht wirklich erworben habe. Wenn also auch die Gesetze nicht ausdrücklich sagen, daß der Kläger das dominium auctoris, wenn es bestritten wird, beweisen müsse — obgleich dies schon darin liegt, daß sie sagen, er müsse sein Eigenthum beweisen [7]) — so können wir diesen Mangel aus dem Pfandrecht ergänzen. Wir können aus dem Pfandrecht, als einem minder vorzüglichen Recht, auf das Eigenthum, als ein jus potius, mit vollem Recht zurückschließen. Dieser Schluß ist sehr sicher und ganz im Geiste des Römischen Rechts.

Diesen Schluß müssen auch schon die Glossographen gemacht haben; denn sie berufen sich in der von Thibaut angeführten Stelle zum Beweise des Satzes, daß der Kläger das dominium auctoris beweisen müsse, auf **L. 15. §. 1. D.** de pign.

Schon vor Jahren, lange vorher ehe Thibaut die gewöhnliche Lehre in Zweifel gezogen und ich in seiner Abhandlung jene Stelle der Glosse gelesen hatte, habe ich zum Behuf einer etwa nöthigen neuen Auflage vom Pfandrecht mir Folgendes aufgezeichnet, was mir jetzt, da ich nach Vollendung dieses zweiten Theils der Ausbeute darauf dachte, eine solche neue Auflage vorzubereiten, wenn sie etwa nöthig seyn

---

6) L. 23. D. de probat. L. 15. §. 1. D. de pign. Mein Pfandrecht §. 44. S. 330. folg. — 7) z. B. L. 21. C. de probat.

möchte, in die Hände fiel — und eben zu dieser Abhandlung die nächste Veranlassung gab.

„Zum Pfandrecht."

Der Grund, weshalb der Gläubiger beweisen muß, daß der Verpfänder die Sache in bonis gehabt habe, ist am Ende derselbe, weshalb der Vindicant das dominium auctoris beweisen muß, nämlich daß Niemand dem andern Rechte einräumen kann, die ihm selbst nicht zustehen, und aus diesem Beweise, den der Gläubiger zu führen hat, die Sache sey beim Verpfänder *in bonis* gewesen, läßt sich zugleich Bestärkung des *Dogma* über den vom Vindicanten zu führenden Beweis hernehmen.

Thibaut sucht zwar das aus L. 15. §. 1. D. de pign. entlehnte Argument dadurch zu entkräften, daß er bemerkt, der Pfandgläubiger sey als der Bevollmächtigte des Pfandschuldners zu betrachten. Allein, wenn gleich die Gesetze sich an einigen Stellen so ausdrücken, als handle der Gläubiger im Namen des Schuldners und es dadurch zu erklären suchen, weshalb er, ein Non-Dominus, zur Veräußerung befugt sey, so geschieht dieses doch meines Wissens bloß in Hinsicht auf den Verkauf der verpfändeten Sache [8]). Hingegen glaube ich nicht, daß man diese Vorstellung auf die actio hypothecaria übertragen oder diese als eine rei vindicatio, ausgeübt durch den Pfandgläubiger in Auftrag des Schuldners, ansehen könne; und das müßte man doch, wenn jenes Argument etwas beweisen sollte. Der Pfandschuldner würde in den meisten Fällen selbst nicht einmal befugt seyn,

8) L. 29. D. fam. ercisc. §. 1. J. quibus alienare licet vel non.

die verpfändete Sache von dem dritten Besitzer abzufordern. —

Aus diesen Gründen bin ich geneigt, die gewöhnliche Lehre für richtig zu halten und dabei zu bleiben, der Kläger müsse in Fällen, wo er das Eigenthum von einem vorigen Besitzer ableitet, der es auf ihn übertragen, das Eigenthum seines Vorgängers beweisen, und nur, wenn er mit demjenigen selbst, von welchem er die Sache erwarb oder mit dessen Erben zu thun hat, nur dann ist es zum Beweise seines Eigenthums genug, wenn er drei Stücke erweis't; 1) den Titel, 2) die Uebergabe (in Fällen, wo sie zum Uebergange des Eigenthums erforderlich ist), 3) wenn er die Sache erkauft hat, die Bezahlung des Kaufgeldes. Eben so genügt es, wenn der Gläubiger das bloße factum oppignorationis beweis't, wenn er mit dem Verpfänder selbst oder mit dessen Erben zu thun hat.

11.

Ueber den Unterschied zwischen öffentlichen und Privaturkunden und zwischen dem öffentlichen und Privat-Pfandrecht.

(Während des Drucks.)

Eine neuere Abhandlung über das öffentliche Pfandrecht [1]) hat mir Gelegenheit gegeben, das, was ich früher über diesen Gegenstand geschrieben, noch einmal durchzusehen,

---

1) v. Löhr über das öffentliche und Privat-Pfandrecht, im Archiv für die civilistische Praxis, 6. Band S. 150. folg.

und ich bin dadurch zum Theil auf andere Gedanken gerathen. Ueber manches war bei mir keine Verschiedenheit der Meinungen vorhanden, namentlich nicht über den Umfang des Leoninischen Gesetzes, ob es sich bloß auf vertragsmäßige Verpfändung beziehe oder allgemein sey; über manches bleibe ich meinen frühern Ansichten getreu; über manches haben sie sich geändert. Nämlich über den Grund des Gesetzes, und ob es damit auf eine Anwendung oder Abweichung von sonstigen Regeln abgesehen gewesen sey, denke ich jetzt anders, welches denn die Folge hat, daß ich auch über die Frage, welches den Vorzug habe, das öffentliche oder das Privat-Pfandrecht, anders denken muß. Ich will daher, was es, nach meiner jetzigen Ansicht, mit diesem Unterschiede für eine Bewandtniß hat, noch einmal kürzlich auseinandersetzen, und zuvor über Urkunden und den Unterschied zwischen öffentlichen und Privaturkunden reden, auch dabei etwas länger verweilen, weil dies gerade die Angel ist, um welche die Lehre sich dreht, und hier, wie in andern Fällen, alles darauf ankömmt, daß die ersten Grundsätze, von denen man ausgeht, richtig sind.

Urkunden sind, wie ich anderswo gesagt habe, Schriften, welche darüber Auskunft geben, daß etwas geschehen sey [2]). Indessen erscheint das Geschehene in der Urkunde selbst nicht immer in der Gestalt, als sey es schon damals geschehen oder vielmehr vorübergegangen, als die Urkunde vollzogen ward; es erscheint eben so oft und öfter als etwas, was gerade jetzt geschieht; also, nicht immer in praeterito erscheint es, sondern oft in praesenti. Oft trifft auch beides zusammen; z. B. der Schuldner bekennt, Geld empfangen zu

---

2) Im ersten Theil der Ausbeute S. 223.

haben, er verspricht, es wieder zu bezahlen, er bestellt ein Pfandrecht dafür; z. B. er sagt, ich verpfände mein Haus u. s. w. Indessen ist es doch nur eine andere Art, sich auszudrücken, selbst, wenn in praesenti gesprochen wird, ist, wenigstens bei Verträgen, das, was geschieht, bereits zuvor geschehen; und, was das Pfandrecht betrifft, ist namentlich der Grund, worauf es beruht, nämlich die Hauptschuld, der Schrift bereits vorhergegangen, wie das oben angeführte Beispiel deutlich vor Augen stellt. Nur bei einseitigen Willenserklärungen, z. B. bei Testamenten, kann es seyn, daß der Inhalt nicht schon geschehen ist, sondern erst jetzt geschieht. Der Testator spricht und verordnet, wer sein Erbe seyn soll u. s. w. gleich einem Gesetzgeber. Hier dient die Schrift nicht bloß zur Aufbewahrung des Geschehenen; hier tritt sie ganz in die Stelle der gegenwärtigen mündlichen Rede; in andern Fällen nimmt sie nur das Ansehen davon an. Auf allen Fall, wenn eine Schrift bei Gericht zum Beweise beigebracht wird, ist doch das, was sie enthält, dann schon geschehen oder vorübergegangen, und bei Gericht haben Urkunden keine andere Bedeutung, als nur, den Richter zu überzeugen, daß etwas geschehen oder vorübergegangen sey. Gleichwie der Beweis überhaupt Thatsachen, oder das, was geschehen ist, zum Gegenstande hat, also auch, wenn sie bei Gericht beigebracht werden, die Urkunden.

Daß etwas geschehen sey, hat jemand durch die Urkunde und seine Unterschrift entweder gegen sich selbst ausgesagt, oder, ein Dritter hat in Angelegenheiten dritter Personen es bezeugt. Die Urkunde enthält also entweder ein Geständniß — ein Zeugniß gegen sich selbst — oder ein gewöhnliches Zeugniß. Auf Geständniß und Zeugniß pfleg-

ten auch die Alten den Inhalt der Urkunden und den Grund ihrer Beweiskraft zurückzuführen [3]). — Indessen reicht dies doch nur für die gewöhnlichen Fälle aus; es giebt Urkunden, deren Inhalt weder unter Geständniß, noch unter Zeugniß gebracht werden kann, die durch ihr bloßes Daseyn beweisen, die nur im Allgemeinen darüber Auskunft geben, daß etwas geschehen sey. Denn, was wird in Testamenten gestanden, oder bezeugt, was in Urtheilen, was überhaupt in Schriften, wodurch jemand seinen Willen oder seine Meinung offenbart? Und doch können dergleichen Schriften bei Gericht zum Beweise, daß etwas geschehen sey, gebraucht werden. Ich führe dies beiläufig an, ohne daß es hier weiter in Betrachtung kommen könnte. —

Wenn jemand über Schuldverhältnisse Urkunden ausstellt, so beweiset die Urkunde insofern gegen ihn, als er sich darin zu gewissen, in Hinsicht auf seine Person oder Sachen, übernommenen Verbindlichkeiten bekennt; als er dadurch einräumt, gewisse Pflichten übernommen, dem andern gewisse Rechte eingeräumt zu haben. Aus dem Geständniß leiten auch die Gesetze die Beweiskraft von Urkunden dieser Art her. Nun aber

---

3) Sive vero publica sive privata sint instrumenta, ratio, ob quam iis inest vis probandi, exinde pendet, quod vel *confessionem* scribentis vel *testimonium* de veritate facti contineant probandi. Et quidem instrumentum, quod *confessionem* prodit, tanquam propria confessio probat contra scribentem eosque, qui ejus facta agnoscere tenentur. Instrumentum vero, quod testimonium tertii de veritate facti probandi continet, si injuratum et a privato scriptum est, nullam in foro habet fidem. Inde scripturae privatae contra tertium, qui ex scribentis facto haud obligatur, nulla tribui potest vis probandi et attestata privata nil probant. Si vero a persona in officio publico constituta et juramenti vinculo adstricta de re ad officium pertinente vel coram se gesta, instructum conscriptum est, illud tanquam testimonium publicum plenam fidem habet. *Hellfeld* Jurispr. for. §. 1159.

ist es eine bekannte Sache, daß Geständnisse nur dem Geste-
henden, sowie demjenigen, der durch seine Handlungen gebun-
den wird, zum Nachtheil gereichen; in Beziehung auf einen
Dritten sind sie als unbeeidigte Zeugnisse zu betrachten; daher
denn die Rechtsgelehrten von den Urkunden mit Recht das-
selbe lehren, nämlich, daß sie nicht gegen einen Dritten be-
weisen.

In dieser Hinsicht ist auch zwischen öffentlichen und Pri-
vaturkunden kein Unterschied. Die Regel, ein Geständniß be-
weiset nicht gegen einen Dritten, ist auch auf öffentliche Ur-
kunden anwendbar; denn diese Regel ist unabhängig von der
Gestalt, unter welcher das Geständniß erscheint. In diesem
Sinn kann man von Urkunden überhaupt sagen, ohne zwi-
schen öffentlichen und Privaturkunden zu unterscheiden: Ur-
kunden beweisen nicht gegen einen Dritten, insofern sie
ein Geständniß übernommener Verbindlichkeiten
enthalten.

Allein, so richtig diese Regel, und so sicher sie in der
Natur der Sache gegründet ist, so zweifle ich doch jetzt selbst
daran, ob das Römische Recht sie in ihrer ganzen Ausdeh-
nung für gültig anerkennt. Das Römische Recht scheint sich
in dieser Hinsicht nicht viel über die Ansicht des gemeinen
Mannes zu erheben, welcher schon zufrieden ist, wenn er nur
Schwarzes auf Weißem sieht. Jener Zweifel entstand neulich
in mir, als ich mich mit der Frage beschäftigte, die Thibaut
verneint, ob der Kläger bei der Vindication das dominium
auctoris zu beweisen nöthig habe. Wir sehen aus zweien
Stellen, die vom Beweise des Eigenthums handeln, daß der
Kaufbrief (das instrumentum emtionis) zum Beweise des
Eigenthums gebraucht werden könne, und zwar wird dies im
Allgemeinen gelehrt und der Satz nicht auf Beweiskraft gegen

den Verkäufer eingeschränkt [4]). Auch die ältern Rechtsgelehrten schränkten jene Regel schon ein. So lehrt mit andern Leyser [5]): *Instrumenta contra tertium tunc plene probant, cum de actibus inter alios lis est.* Den Beweis für seine Meinung nimmt Leyser jedoch nicht aus dem Römischen Recht und nicht aus diesen Stellen desselben, sondern aus der Natur der Sache her, ohne sich näher darüber zu erklären, worin der Grund eigentlich liegen soll. Ich zweifle indessen, daß dieser Grundsatz der strengen Rechtsregel gemäß und in der Natur der Sache gegründet sey, glaube aber, daß man in der Anwendung damit recht gut zurecht kommen wird. Was sich dafür sagen läßt, wird etwa dieses seyn. Ein Geständniß, was in einer Urkunde über Geschäfte, die der Gestehende mit einem der streitenden Theile geschlossen hat, abgelegt ist, dieses ist zunächst dem Gestehenden nachtheilig und daher glaublich, er werde sich durch seine Unterschrift zu dem Inhalt nicht bekannt haben, wenn die Sache sich nicht wirklich so verhielte; nebenher kommt auch in Betrachtung, daß über mit Dritten geschlossene Geschäfte gewöhnlich kein anderer Beweis zu haben seyn wird.

Vorausgesetzt wird freilich, daß die Urkunde echt sey; und wenn das Römische Recht, im Streit über das Eigenthum, dem Kaufbriefe Beweiskraft beilegt, so ist dabei ohne Zweifel als etwas sich von selbst Verstehendes vorausgesetzt, daß er echt sey, und sich in der etwa angestellten Untersuchung als echt bewährt. Die Echtheit wird bekanntlich bei öffentlichen Urkunden an ihren äußerlichen Merkmalen erkannt; die Echtheit von Privaturkunden, wenn der Gegner sie bestreitet, durch Zeugen, die bei der Vollziehung der Urkunde gegenwärtig waren,

4) L. 4. L. 12. C. de probat. | 5) Spec. 276. med. 4.

ren, und in subsidium durch Vergleichung der Handschriften; man kann wohl hinzusetzen, auch durch den Beweis solcher Umstände, welche auf die Echtheit mit Wahrscheinlichkeit schließen lassen. Auch bei öffentlichen Urkunden kann, wenn ihre Echtheit aus erheblichen Gründen bezweifelt wird, eine Untersuchung darüber Statt finden, die auch schon dem Römischen Recht nicht unbekannt war [6]).

Ich komme jetzt auf das öffentliche Pfandrecht des Römischen Rechts, wovon Leo (L. 11. C. qui pot. in pign.) verordnete, daß es dem Privatpfandrechte vorgezogen werden solle. Ich habe schon in meiner Lehre vom Pfandrechte bemerkt, die Verschiedenheit zwischen beiden werde nicht durch die verschiedene Bestellungsart, sondern durch die Verschiedenheit des Beweismittels bestimmt, wodurch das bestellte Pfandrecht dargethan wird [7]).

Hauptsächlich kommt es darauf an, worin der Grund des Vorzugs des einen Pfandrechts vor dem andern liege. Zunächst sieht man wohl, in der Beschaffenheit der Urkunde, wodurch das bestellte Pfandrecht bewiesen wird. Dies ist der — ich möchte sagen — sichtbare Grund; aber worin besteht — die *ratio rationis?* In dem Gesetz selbst ist sie nicht angegeben; es kommt also darauf an, sie auf anderm Wege, etwa durch Schlüsse, ausfindig zu machen.

Darin kann der Grund, nach meiner jetzigen Ansicht, zuvörderst nicht bestehen, daß Privaturkunden nicht gegen einen Dritten beweisen; denn derselbe Fall tritt bei öffentlichen ein; Urkunden beweisen überhaupt nicht gegen einen Dritten, insofern sie ein Geständniß übernommener Verbindlichkeiten ent-

---

6) Nov. 73. c. 7. — 7) S. meine Lehre vom Pfandrecht §. 32. S. 248.

halten, und gerade unter dieser Gestalt erscheinen sie hier; auch erkennt das Römische Recht den Grundsatz, daß Urkunden gegen einen Dritten nicht beweisen, den es überhaupt nicht geradezu aufstellt, wenigstens nicht so allgemein als gültig an; es legt ihnen vielmehr Beweiskraft bei, wenn sie von Handlungen zeugen, die der eine streitende Theil mit einem Dritten geschlossen hat und aus denen er gewisse Rechte auf die Sache, die er in Ansprache nimmt, ableitet, wie aus dem Beispiel von dem Kaufbriefe erhellet, wodurch (das dominium auctoris vorausgesetzt) der Uebergang des Eigenthums auf den Kläger, auch gegen einen Dritten, erwiesen werden kann.

Der Grund des Gesetzes kann ferner nicht darin bestehen, daß öffentliche Urkunden in Hinsicht auf die Hauptschuld und das dafür bestellte Pfandrecht im Allgemeinen glaubwürdiger sind; ihre Beweiskraft, da sie in beiden auf dem Geständniß des Schuldners beruht, steht vielmehr im Allgemeinen einander gleich.

Es kommt endlich auch nicht auf die Echtheit an, die im einen Fall ausgemacht ist, im andern bezweifelt werden kann. Die Echtheit kann auch der öffentlichen Urkunde fehlen; sie wird vom Gesetz nicht bezweifelt, sondern in beiden Fällen vorausgesetzt.

Es scheint vielmehr der Grund des Gesetzes darin zu liegen.

Unter zweien Pfandgläubigern wird, der Regel nach, der Vorzug bekanntlich durch das Alter des Pfandrechts bestimmt; daher kommt, wenn zwei gewöhnliche Pfandgläubiger mit einander um den Rang streiten, alles darauf an, daß die Urkunde am bestimmten Tage verfertigt, am bestimmten Tage das Schuldbekenntniß abgelegt, am bestimmten

Tage das Pfandrecht bestellt ist. Gerade über diese Umstände ist nun, in Ansehung der Beweiskraft, ein großer Unterschied zwischen öffentlichen und Privaturkunden. Die Wahrheit jener Umstände beruht nämlich bei Privaturkunden auf der bloßen Angabe des Schuldners, welcher die Urkunde unterschrieben hat, hingegen bei öffentlichen Urkunden beruht sie nicht auf dem Geständniß des Schuldners, wenigstens nie allein, sondern hauptsächlich auf dem Zeugniß des öffentlichen Beamten; also auf demjenigen, was die Urkunde zu einer öffentlichen macht. Das Geständniß des Schuldners ist insofern glaubwürdig, als es ihm selbst zum Nachtheil gereicht; es ist glaubwürdig in Ansehung der Schuld, in Ansehung des Pfandrechts; denn in dieser Hinsicht schadet es zunächst ihm selbst; aber das Geständniß in Hinsicht auf das Alter schadet nur dem Dritten, dem dadurch der Vorzug geraubt wird. Die öffentliche Urkunde hat also vor der Privaturkunde gerade in den entscheidenden Umständen ein großes Uebergewicht. Denn, wenn auch Zeugen gegenwärtig waren, so werden sie doch schwerlich über den Tag sichere Auskunft geben können, und wenn sie auch, in seltenen Fällen, sich des Tages zu erinnern behaupten, so wird man doch gewöhnlich Mißtrauen in ihre Angabe zu setzen berechtigt seyn; auf allen Fall steht die Privaturkunde an sich selbst der öffentlichen in jenen Umständen, worauf es ankömmt, weit nach. Die Vergleichung der Handschriften kann wohl dazu gebraucht werden, die Echtheit einer Urkunde auszumitteln, aber nie das Resultat gewähren, daß sie gerade an diesem Tage verfertigt sey.

Durch dergleichen Betrachtungen ward, wie es scheint, Leo zu seinem Gesetz bewogen. Die Veranlassung dazu mag wohl gegeben haben, daß im Römischen Reich Fälle vorkamen, wo Schuldner und Gläubiger, miteinander einverstanden, die

Zeit und das Alter des Pfandrechts in der Urkunde **zurückstellten**, daß diese Fälle zur Kenntniß des Kaisers **Leo** kamen, und er dadurch auf das Mangelhafte der Gesetzgebung über diesen Gegenstand aufmerksam gemacht ward. Es kann wohl seyn, daß **Leo** durch sein Gesetz dergleichen falsches Spiel für die Zukunft verhüten wollte. Selbst **Hofacker**, ob er gleich läugnet, daß **Leo** in jenem Gesetz ein jus singulare oder eine Abweichung von der Regel, wornach das ältere Pfandrecht dem jüngern vorgeht, aufgestellt habe, und nur eine Anwendung der gewöhnlichen Regel vom Beweise darin sieht, scheint doch den eigentlichen Grund des Gesetzes darin zu setzen, daß die öffentliche Urkunde den Verdacht einer Fälschung in Ansehung des Alters des Pfandrechts entfernt [8]). Daß der Grund des Gesetzes hierauf beruhe, scheint der Umstand zu bestätigen, daß eine Privaturkunde der öffentlichen in dieser Sphäre gleich gelten soll, wenn wenigstens drei glaubwürdige Männer (nicht bloß als Zeugen gegenwärtig waren, sondern) sie mitunterschrieben haben, wodurch dann jener Verdacht entfernt wird. Indeß wird auch ohne absichtliche, auf

8) Er bemerkt nämlich de praerogativa pignorum publicorum §. 9. (opuscula juridica p. 247.) — videamus de instrumentis. Quodsi fides de constituto pignore adversus debitorem negantem tantum facienda foret, id productione instrumenti, quod is scripsit vel subscripsit, quodque plenam ideo adversus debitorem probationem praebet, facile obtineretur. Sed adversus creditorem, quem ex temporis praerogativa vincere vult alter creditor, ista debitoris confessione, quae in scriptura inter contrahentes secrete et privatim confecta continetur, nil omnino efficitur. Quid itaque? opus esse videtur tali instrumento, cujus forma omnem fraudis atque collusionis inter debitorem et creditorem factae suspicionem everteret, atque ideo plenam adversus creditorem posteriorem probationem suppeditaret. In eo cum constet instrumenti publice confecti vis et auctoritas, falli nos non putamus, si ex hisce juris principiis, pignoris quod ex instrumento publice confecto vindicatur, praerogativam prae eo, quod privati tantum instrumenti fide nititur, de-

Begünstigung des Gläubigers und den Schaden eines Dritten berechnete, falsche Angabe der Tag bei Privaturkunden nicht immer mit so großer Sorgfalt und Genauigkeit angegeben, als dies bei öffentlichen Urkunden anzunehmen ist. Er kann nicht bloß mit Absicht vorgerückt, sondern auch aus Sorglosigkeit, Nachlässigkeit u. s. w. unrichtig angegeben seyn. Wiewohl ich nun wahrscheinlich finde, daß Leo die Möglichkeit von Versehen nicht sowohl, als vielmehr von absichtlicher Unterdrückung der Wahrheit berücksichtigt habe, so, dünkt mich doch, können wir, um am Sichersten zu gehen, dabei stehen bleiben, daß öffentliche Urkunden über den Tag der Bestellung des Pfandrechts glaubwürdiger sind, als Privaturkunden.

Der Grund des Gesetzes beruht also nicht darauf, daß Privaturkunden gegen den Dritten nicht beweisen — hierin weiche ich von meiner frühern Darstellung ab — sondern in dem Uebergewicht der Beweiskraft öffentlicher, im Verhältniß zu Privaturkunden, in Hinsicht auf das Alter des Pfandrechts. Wegen dieses Uebergewichts

---

rivari legitime posse, existimemus. Jure itaque contendi videtur, omnem istam pignoris publici prae privato praerogativam proprie loquendo, neque regulae communi de prioritate temporis proficua derogare, neque singulari aliquo privilegio inniti, sed ex communibus, de probatione adversus creditores concurrentes facienda, ita pendere principiis, ut, modo quis in concursu cum alio creditore, plenam de jure ipso pignoris et praesertim de tempore ejus constitutionis, fidem facere queat, nihil referat, an pignus legale aut praetorium, vel voluntarium, testamentarium, seu tandem conventionale habeat, nullusque hac in specie, an conventioni accesserit scriptura nec ne, respectus habeatur. Auch schon die Alten setzten den Grund des Gesetzes in beides, nämlich, daß eine Privaturkunde gegen einen Dritten nichts beweise, und daß bei Privaturkunden die Besorgniß entsteht, der Zeitpunct könne wohl zur Begünstigung des neuen Gläubigers zurückgestellt werden. *Perez* ad tit. C. qui potior. in pign. Nr. 25. *Mev.* V. 157.

der öffentlichen vor den Privaturkunden soll das Pfandrecht selbst, was durch die öffentlichen Urkunden bewiesen wird, den Vorzug haben vor demjenigen, worüber der Gläubiger nur eine Privaturkunde aufzuweisen hat.

Durch diese Bestimmung hat Leo ein jus singulare aufgestellt; dafür giebt er sie auch durch sein: *Sancimus.* Denn, da anzunehmen ist, daß nach Römischem Recht die Privaturkunden, gleich den öffentlichen, wie die Verpfändung selbst, also auch das Alter beweisen, so ist nun dadurch der neue Rechtssatz eingeführt, der wenigstens bis dahin im Römischen Reich nicht befolgt ward, wie das Uebergewicht der Beweiskraft der öffentlichen Urkunde dem Pfandrecht selbst einen Vorzug verschaffen soll.

Hingegen kann man nicht eigentlich sagen, es sey hier eine Abweichung von der Regel: qui prior tempore, potior jure eingeführt; denn Leo's Meinung ist nicht, der jüngere soll dem ältern vorgehen; sondern der Gläubiger, der eine öffentliche Urkunde aufzuweisen hat, soll nur dem Gläubiger mit der Privaturkunde vorgehen, wenn jener auch als jüngerer Gläubiger geschrieben steht. Nicht das wirkliche höhere Alter soll unbeachtet bleiben, sondern das geschriebene. Kurz, jene Regel: qui prior tempore, potior jure, soll hier nicht sowohl eingeschränkt, als vielmehr — ganz bei Seite geschoben werden.

Wie man aber auch über den Grund denken mag, worauf Leo's Gesetz beruht, so ist soviel ganz klar, daß Leo nur von dem Fall handelt, da ein Gläubiger, der eine öffentliche Urkunde aufzuweisen hat, mit einem andern, der nur eine Privaturkunde vorzeigen kann, zusammentrifft, oder vielmehr, ich kann es noch anders ausdrücken, da zwei Pfandgläubiger um das Alter und um den Vorzug streiten, von denen der öffent-

lichen Urkunde, auf die der eine hinweiset, der andere eine Privaturkunde entgegenhält, die also mit ungleichen Waffen kämpfen, mit Waffen, die zwar von gleicher Art, nicht aber von gleicher Länge, Breite, Schärfe u. s. w. sind. Wie aber, wenn der eine Gläubiger eine öffentliche Urkunde aufzuweisen hat, der andere — gar keine? Hier ist der vom Gesetz angenommene Collisionsfall gar nicht vorhanden, und man kann nicht sagen, daß der Gläubiger mit der öffentlichen Urkunde dem andern vorgehe. Denn, das Gesetz sagt nicht, wer über sein Pfandrecht eine öffentliche Urkunde vorzeigt — nach dem gesetzlichen Ausdruck, sich darauf stützt, *nititur* — geht einem andern Pfandgläubiger vor, sondern, geht einem Gläubiger mit einer Privaturkunde vor. Eben so kann es keinen Zweifel leiden, daß ein Gläubiger mit einer Privaturkunde seinem Gegner, welcher eine öffentliche Urkunde hervorzieht, nicht nachzusetzen sey, wenn er von der Privaturkunde keinen Gebrauch machen, sondern seine Forderung, sein Pfandrecht und dessen Alter, auf andere Art, nämlich durch Zeugen, beweisen will.

Am Schwierigsten ist die Beantwortung der Frage, in welchem Verhältniß die privilegirten Hypotheken zu den öffentlichen stehen. Die Regel: generi per speciem derogatur, kann hier nicht zur Anwendung kommen; das Gesetz des Leo steht zu den Gesetzen, welche einzelnen Pfandrechten vor andern, obgleich ältern, den Vorzug einräumen, keinesweges in dem Verhältniß, daß jenes als die lex generalis, dieses als die specialis zu betrachten wäre. Soll jene Regel zur Anwendung kommen, so wird vorausgesetzt, daß zwei Gesetze einander widerstreiten, so, daß sie nicht neben einander bestehen können. In diesem Fall nöthigt uns jene Regel, wo sie anwendbar ist, das eine durch das andere einzuschränken, und beide

dadurch zu vereinigen, daß das eine, nämlich die lex generalis, zu Gunsten der lex specialis etwas von seinen Ansprüchen aufgiebt. Die Gesetze aber, wovon hier die Rede ist, stehen mit einander in keinem Widerspruch, sondern sind, wie ja auch von Löhr selbst einräumt, von ganz verschiedenartigem Inhalt. Sie bewegen sich, wenn ich so sagen darf, in ganz verschiedenen Bahnen. Das eine kann so wenig zur Ausnahme von dem andern werden, daß vielmehr, wenn man annimmt, die öffentlichen Hypotheken machen eine Ausnahme von der Regel, qui prior tempore, potior jure, beide, als Ausnahmen von derselben Regel, einander gegenüber stehen.

Diejenigen, welche das öffentliche Pfandrecht einem privilegirten nicht nachstehen lassen, sehen das Gesetz des Leo als ein allgemeines an, welches eine Regel aufstellt, die auf Pfandrechte aller Art anwendbar ist, auf die privilegirten so gut, wie auf die einfachen. Ja, sie nehmen sogar an, ein Gläubiger, der auf einen besondern Vorzug, auf ein privilegium praelationis, Anspruch mache, müsse sein Pfandrecht um so strenger beweisen, jemehr der Vorzug, den er begehrt, als ein zum Nachtheil anderer Gläubiger gereichendes privilegium odiosum zu betrachten sey [9]. Allein, diese Ansicht ist eben so unrichtig.

Bei Beantwortung der aufgeworfenen Frage kommt alles auf den Grund an, worauf das Gesetz des Leo beruht. Beruht er darauf, daß Privaturkunden gegen einen Dritten überhaupt nicht beweisen, so müssen auch privilegirte Hypotheken, deren Daseyn oder Bestellung bloß durch Privaturkunden bewiesen wird, den öffentlichen, wenn gleich nicht privilegirten, nachstehen. Denn, ehe überhaupt von einem Vorzug die Rede seyn

9) S. *Hofacker* c. l. §. 11.

seyn kann, muß doch erst ausgemittelt seyn, daß dem Gläubiger wirklich ein Pfandrecht zustehe, daß er z. B. sein Geld zum Ankauf des Hauses angeliehen, es ihm besonders verpfändet sey; oder, daß er zur Wiederherstellung eines Gebäudes einen Vorschuß gemacht und sein Geld dazu angewandt worden, ihm mithin ein gesetzliches Pfandrecht daran zustehe. Beruht aber der Grund des Vorzuges darauf, daß öffentliche Urkunden über das Alter des Pfandrechts glaubwürdiger sind, wie Privaturkunden; dann muß freilich das privilegirte dem öffentlichen vorgehen. Aber, vorgehen ist nicht der rechte Ausdruck; ich will es besser so ausdrücken: dann kann freilich ein gewöhnliches Pfandrecht dem privilegirten den Rang deshalb nicht streitig machen, weil es in einer öffentlichen Urkunde bestellt ist, die sein höheres Alter auf eine glaubwürdige Art beweiset, aus dem natürlichen Grunde, weil es im Streit zwischen einem einfachen und einem privilegirten Pfandrecht gar darauf nicht ankommt, wann das eine oder andere bestellt, oder, wie alt es sey.

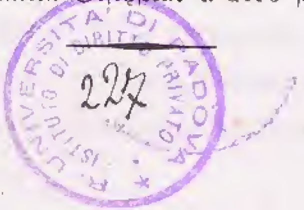
Ueberhaupt hat Leo in seinem Gesetz bloß den Vorzug bestimmen wollen zwischen Gläubigern, die um das Alter, oder, um den Vorzug wegen des höhern Alters streiten; hingegen diejenigen Pfandrechte, die mit einem besondern Vorzug versehen sind, liegen gänzlich außerhalb der Sphäre des Gesetzes. Nur über das Alter ist die öffentliche Urkunde glaubwürdiger, wie die Privaturkunde, hingegen über sonstige Gründe des Vorzuges ist das Bekenntniß des Schuldners in der einen Urkunde so glaubwürdig, wie in der andern. Da Leo sagt, wer aus einer öffentlichen Urkunde ein Pfandrecht verfolgt, soll vorgezogen werden, wenn er sonst auch jünger wäre,

eum, qui instrumentis publice confectis nititur, praeponi decernimus, etiamsi posterior is contineatur,

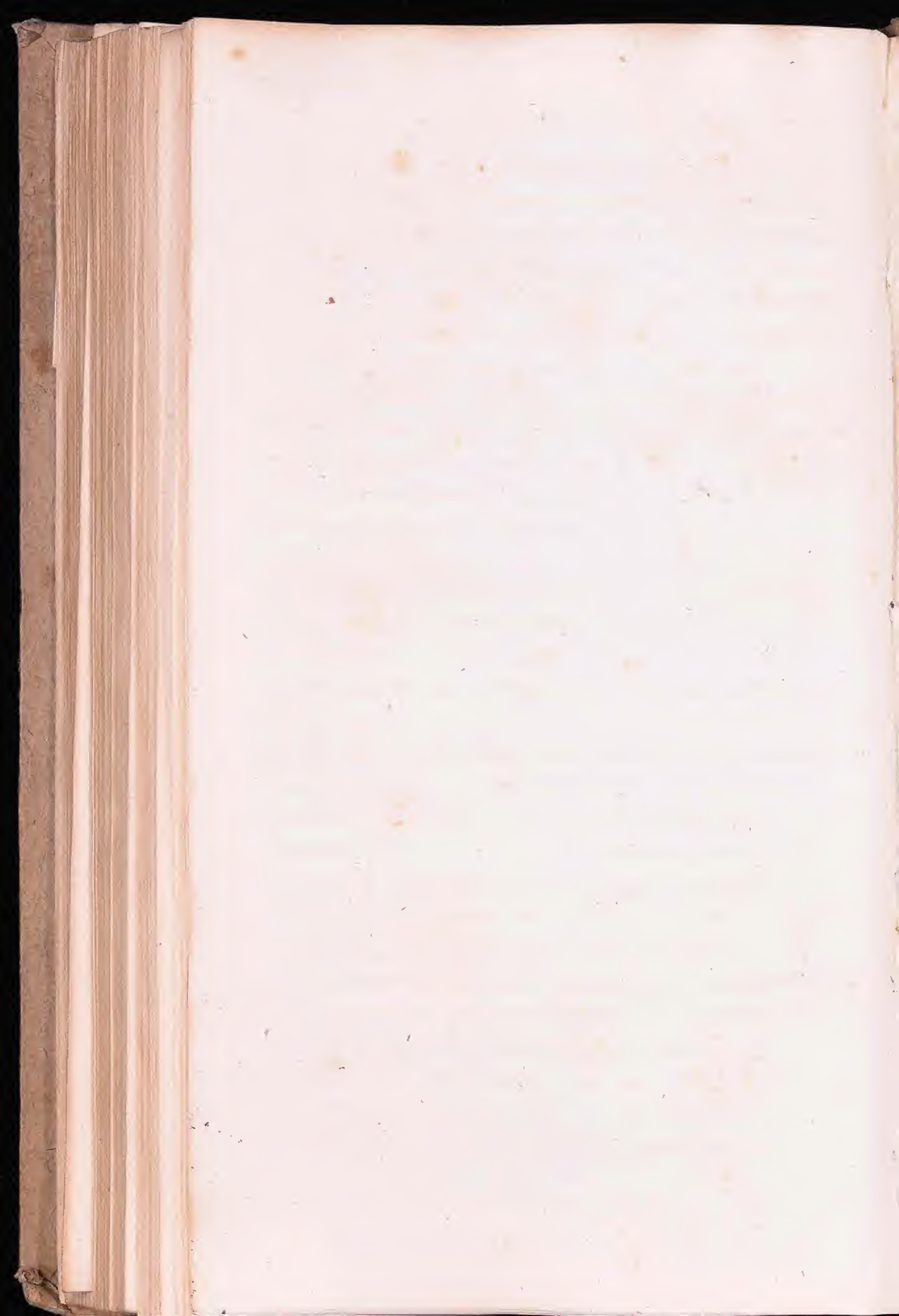
so scheint darin deutlich zu liegen, daß das ganze Gesetz es nur mit Gläubigern zu thun hat, die über das Alter und den daher abzuleitenden Vorzug streiten. Die privilegirten Pfandrechte sind an ihrer alten Stelle geblieben. —

Bemerkte Druckfehler im ersten Theil.

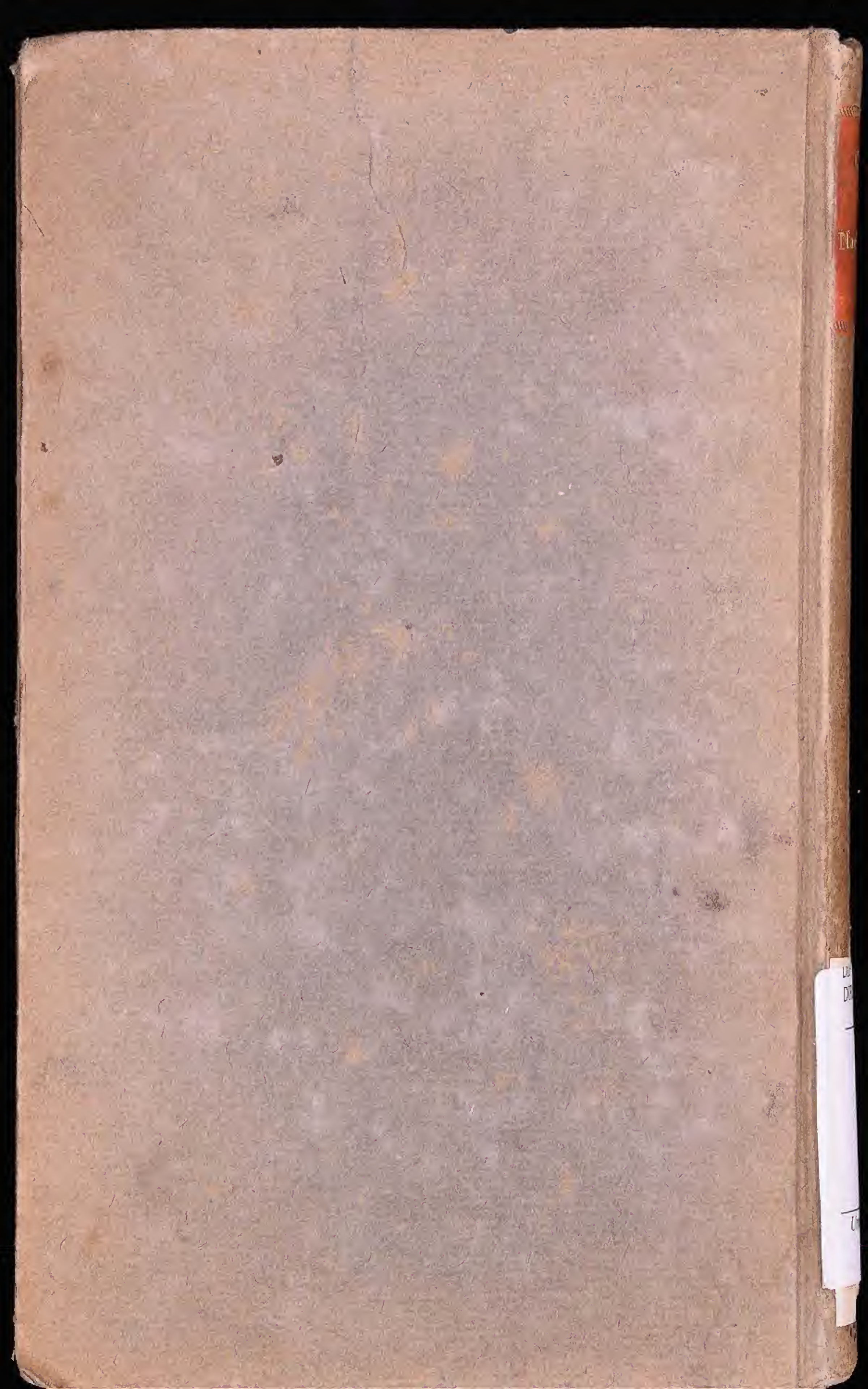
Seite 26 Zeile 12 von unten statt worin lies wovon
— 79 — 12 v. u. st. seinen Eid nicht brechen l. um seinen Eid nicht zu brechen
— 97 — 11 v. u. st. Hartmann, Pistor l. mit Hinweglassung des (,) Hartmann Pistor
— 115 — 2 v. u. st. verräht l. verräth
— 121 — 5 v. o. st. Freunde l. Fremden
— 137 — 1 v. o. st. Behauptungen l. Behauptung
— 149 Note 10. Zeile 1 v. u. st. et l. in
— 178 Zeile 5 v. o. st. Brouchhorst l. Bronchhorst
— 181 — 11 v. o. st. Mehrheit der Handlungen l. Mehrheit von Handlungen
— 184 — 4 v. u. ist nach dem Wort: vollständig, erwiesen einzuschalten
— 186 — 4 v. o. st. mehrere l. mehreren
— 235 — 7 v. u. ist nach Handschriften, zur Vermeidung von Mißverständnissen, einzuschalten so wie
— 252 — 12 v. o. st. ecclesiastiaci l. ecclesiastici
— 255 — 10 v. o. ist nach genannt hinzuzufügen wird
— 288 Note Zeile 4. 5. 6. l. de ea lege *custodienda* und statt Frontio l. Frontin
— 293 in der Ueberschrift der zweiten Abhandlung st. Benificium l. Beneficium
— 295 Zeile 12 st. Mandator l. Mandatar
— 307 Note 24. st. *Bachow* l. *Bachov*
— 335 Note 1. st. L. 203. l. L. 202. Auf der folgenden Seite ist deren Zahl verdruckt, st. 236 l. 336
— 358 Zeile 12 v. o. st. Klage l. Einrede
— 375 in der abgedruckten Gesetzstelle l. alio st. aleo.











Gesterdings

Nachforschungen

2

heit gerathen ist. Wer sich über das fundamentum excipiendi in Unwissenheit befindet, von dem kann man nicht sagen, daß er in dolo sey [38]). Ich habe indessen oben aus andern Gründen den Satz selbst aufgestellt, daß nach Römischem Recht jeder Einwand, welcher zur exceptio solutionis gerechnet werden kann, als privilegirt anzusehen sey und zwar nicht bloß folgeweise.

Es hat aber mit dem Grunde, aus welchem die Rechtsgelehrten diejenigen Einreden, welche auf die geschehene Erlö-

schung d
rechnen,
auf gew
jede *ex*
legirt se
„len üb
„Thath
„gers U
„die Kl
„wachse
„stellen,
„Urtheil ge
Wie ist die
Beklagte d
doch ein
das zu
holfen n
Regel:
So heiß

38) L.
et metus
L. 8. L.



setzt: et id ipsum officio judicis continebitur: nam nec exceptio doli mali desideratur. Auch steht geschrieben [41]): Dolo facit, qui petit, quod redditurus est [42]). Auf solche Art erkläre ich mir die Lehre der Rechtsgelehrten. Wie aber kann jene Regel hier zur Anwendung kommen, für welche eigne und andre Regeln gegeben sind? Wie ist deren Anwendung mit dem gesetzlichen Gebot — der Beklagte soll alle seine Einreden auf einmal vortragen und später damit nicht weiter gehört werden — zu vereinigen? Mit andern Worten heißt das

ihn dennoch
Rechtskraft
ser Ausdeh-
fertigt wer-
, das Be-
rig bleiben,
sspruch des
ng des Ge-
aber schon
bezahlt ist,
fordert wer-

legirter Ein-
nt, nämlich
wodurch der
zu kommen
ionis wirk-
Senatus-
von Groll-

llen gehören
deren weiter